This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HRL
40
M66

LIBRARY OF THE
Leland Stanford Junior University

E3217
S46

The Hopkins Library
presented to the
Leland Stanford Junior University
by Timothy Hopkins.

HE 3217
S46

Ueber die rechtliche Natur

der

Eisenbahn-Konzessionen

nach

Schweizerischem Recht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doctors beider Rechte

vorgelegt der

hohen staatswissenschaftlichen Fakultät

der

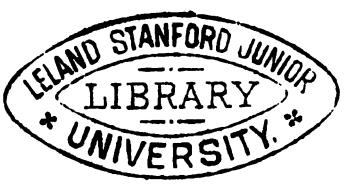
Universität Zürich

von

Oscar Seiler
aus St. Gallen.

ZÜRICH.
Buchdruckerei B. Cotti. - 1445
1888.

4i



H 1972

Meinem hochverehrten Lehrer

Herrn Prof. Dr. Fr. Meili

in Dankbarkeit gewidmet.

Litteratur-Verzeichniss.

Bezecny, Die Rechte der Kaiser Ferdinands-Nordbahn. Wien 1887.

Bluntschli, Rechtsgutachten betr. die Steuerpflicht der schweizerischen Centralbahngesellschaft im Kanton Basellandschaft. Liestal 1860.

Carrard, Heusler u. *Hilty,* Drei Rechtsgutachten über die rechtliche Natur der Eisenbahn-Konzessionen etc. Basel 1877.

Cohn, Untersuchungen über die englische Eisenbahn-Politik. I., II., III.

Eger, Handbuch des preussischen Eisenbahnrechtes. Breslau 1886. (Unvollendet.)

Endemann, Das Recht der Eisenbahnen. Leipzig 1886.

Haberer, Das österreichische Eisenbahn-Recht. Wien 1885.

Hürlimann, Die eidgen. Eisenbahn-Gesetzgebung. Zürich 1887.

Koch, Deutschlands Eisenbahnen. II. Bd. Marburg 1860.

Lehr, Eisenbahn-Tarifwesen und Eisenbahn-Monopol. Berlin 1879.

Meili, Internationale Eisenbahn-Verträge. Hamburg 1887.

— Das Recht der modernen Verkehrs- und Transportanstalten. Leipzig 1888.

Morel, Schweizerisches Bundesstaatsrecht. II. Bd. Basel 1880.

Roscher, Volkswirthschaftslehre. III. Bd. Stuttgart 1882.

Rüttimann, Rechtsgutachten über die rechtliche Natur der Eisenbahn-Konzessionen. Zürich 1870.

Sax, Die Verkehrsmittel in Volks- u. Staatswirthschaft. Wien 1878.

Schott, Transportgeschäft, in Endemann's Handbuch. III. Bd. Leipzig 1885.

Sommaruga, Franz Freiherr von, Die Besteuerung der österreichischen Eisenbahnen. Wien 1875.

Ulrich, F., Das Eisenbahn-Tarifwesen. Berlin 1886.

Einleitung.

Die Eisenbahnen verbreiteten sich zur Zeit ihrer Erfindung mit solcher Raschheit durch alle Länder, dass die einzelnen Staaten, in der Hast, das neue Transportmittel einzuführen, nicht immer die genügende Zeit fanden, nach juristischen Grundlagen zu suchen, unter welche die eigenartigen neuen Rechtsverhältnisse untergebracht werden konnten. Staatsrecht, Privatrecht und Verwaltungsrecht wurden durch diese Anstalten berührt und bildeten ein besonderes Eisenbahnrecht mit reicher Litteratur.

Unthätig sahen die Staaten der Entstehung der Eisenbahnen zu oder trugen sogar noch dazu bei, sie ganz der Unternehmungslust, aber damit auch der Willkür der Privaten zu überlassen. Wie nun aber die Zweifel über den Nutzen und die Rentabilität der Bahnen gehoben waren, konnten die Staaten später nicht ohne Kampf die seinerzeit preisgegebenen Hoheits- und Aufsichtsrechte zurückerlangen.

So bedarf es, um ein allseitig klares Bild einer Eisenbahn-Konzession zu erhalten, einiger Worte zur Erläuterung des Verhältnisses zwischen Staat und Eisenbahn-Unternehmung, und zwar einerseits zur Rechtfertigung des Anspruches auf staatliche Kontrole und

Spezialgesetzgebung gegenüber den Unternehmen, anderseits zum Schutze der Selbständigkeit der Eisenbahn-Gesellschaften, soweit diese den staatlichen Ansprüchen gegenüber bestehen kann.

Die Eisenbahnen werden heute anerkannt als das vornehmste Mittel zur Beförderung der staatlichen Aufgaben, zur Erreichung des politischen, volkswirthschaftlichen und militärischen Fortschrittes [1]). Daraus erwachsen dem Staate gegenüber diesem modernen Verkehrsmittel gewisse ernsthafte Pflichten.

Im Wesen eines jeden Staates liegt es, im Allgemeinen Alles zu thun, was zum Wohle seiner Angehörigen beitragen kann. Es ist Sache der Regierung, die dazu geeigneten Mittel zu finden und anzuwenden. Hat die Regierung die Ansicht gewonnen, dass die Eisenbahnen das Wohl des Staates und seiner Angehörigen wesentlich zu fördern im Stande sind, so hat sie die Pflicht, solche zu erstellen oder auf irgend eine Weise deren Erstellung zu unterstützen. Schlägt ein Staat den ersten Weg ein, d. h. errichtet er Staatsbahnen, so wird es ihm ein Leichtes sein, den Bau und Betrieb so einzurichten, wie es dem öffentlichen Wohle zu dienen am meisten geeignet ist. Er wird die Eisenbahnen in erster Linie als öffentliche Anstalt zur Beförderung der öffentlichen Interessen und erst in zweiter Linie als fiskalische Einnahmsquelle behandeln.

Verzichtet ein Staat auf den Bahnbau aus eigenen Mitteln, so muss ihm doch daran gelegen sein, dass derselbe möglichst bald und möglichst zweckentsprechend von einem Privaten oder (was der gewöhnliche Fall sein

---

[1]) Roscher, Volkswirthschaftslehre (Stuttgart 1882) Bd. III, pag. 376 ff.

wird), von einer Aktiengesellschaft übernommen wird. Er darf aber nie den eben erwähnten Gesichtspunkt aus dem Auge verlieren, dass die Eisenbahnen in erster Linie im öffentlichen Interesse da sind, dass die Uebernehmer nur dem Staate die Erfüllung einer staatlichen Pflicht abnehmen. Und da auch der Staat seinerseits diese Pflicht nicht vernachlässigen darf, muss er die fremde Thätigkeit der Kontrole unterwerfen; er muss darüber verfügen, wer bauen darf, d. h. er muss den Bau und Betrieb an eine Privatperson übertragen oder *delegiren.*

Dabei kann es sich natürlich nur um eine Delegation an solche Personen, resp. Gesellschaften handeln, die ihm die Gewähr zu bieten scheinen für eine Ausführung, wie der Staat selbst sie beim Bau von Staatsbahnen an Hand nehmen würde. Wenn der Staat ein so bedeutendes Volksbildungs- und Verkehrsmittel einer Gesellschaft anvertraut, die ihrer Natur nach pekuniäre Interessen in den Vordergrund stellt, so ist er wenigstens der Gesammtheit gegenüber verantwortlich, dass der Betrieb in einer Art und Weise geschehe, durch welche die allgemeine Bestimmung der Eisenbahnen gewahrt wird. Der Delegirte tritt an die Stelle des Staates in Ausübung einer staatlichen Aufgabe [1]).

Der Staat kann und darf vermöge seines Berufes, das allgemeine Beste zu hüten, zu verfolgen und durchzusetzen, gar nicht darauf verzichten, seinen Willen, der auf dem Erkennen des Bedürfnisses der allgemeinen Wohlfahrt basirt, auch gegen den Willen der Privat-

---

[1]) G. Vogt, schweiz. Studien über Eisenbahnrecht. Deutsche Vierteljahrsschrift 1859.

unternehmung auf das Entschiedenste zur Geltung zu bringen [1]).

Die Eisenbahn steht aber auch unter der Aufsicht des Staates als Verkehrsstrasse. Koch [2]) leitet seine Theorie des Eisenbahn-Regals aus dem alten, historischen Strassenregal ab. Wenn wir auch, wie sich unten zeigen wird, diese historische Regalität verwerfen, giebt dies doch keinen Grund, damit auch das staatliche Aufsichtsrecht preiszugeben. Es verliert dieses Recht auch dadurch nichts an Bedeutung, dass der Verkehrsweg und das rollende Material im Privateigenthum der Gesellschaft steht, und ebensowenig wird es beeinträchtigt durch den Umstand, dass ein Theil der Ausübung desselben, die Bahnpolizei, den Gesellschaften überlassen wird.

Noch ein anderer Grund rechtfertigt die staatliche Kontrole über das Eisenbahnwesen, nämlich die Thatsache, dass Jedermann vernünftigerweise die Eisenbahn benützen muss und nicht nach seinem Willen und Gutdünken sich und seine Waaren befördern lassen kann, d. h. dass die Gesellschaften ein, wenn auch nicht rechtliches, so doch faktisches Monopol der Personen, und Güterbeförderung besitzen. Den Eisenbahnen wird einerseits ein Eingriff in das Postregal gestattet (s. unten II. Theil, Abschn. VII), anderseits müssen sie auch beim sorgfältigsten Betriebe immer noch als ein sehr gefahrenreiches Transportmittel angesehen werden, und es erscheint darum als eine allgemein anerkannte Aufgabe des Staates, zur Sicherung von Leben und Eigenthum seiner Angehörigen auch den Eisenbahnen gegenüber wenigstens das ihm Mögliche zu thun und die Ausfüh-

[1]) Haberer, österreichisches Eisenbahnrecht, pag. 4 ff.

[2]) Koch, a. a. O., Bd. I, pag. 34.

rung der von ihm demgemäss gegebenen Vorschriften zu überwachen. In letzter Instanz resultirt aus dieser Aufgabe das Recht und die Pflicht, einer renitenten Gesellschaft gegenüber unter Umständen die delegirten Rechte zurückzunehmen und ihr die Konzession zum Betriebe zu entziehen.

Die eben erwähnten Eigenschaften der Eisenbahnen: die Grossartigkeit der Anlage, das faktische Monopol und der gefahrbringende Verkehr machen es dem Staate unmöglich, die vorgezeichneten Aufgaben zu erfüllen, wenn er sich in den Schranken des normalen Civilrechts halten soll. Die Eisenbahnanstalt ist nicht etwa blos ein Fuhrmann im Grossen, auf welchen die gewöhnlichen Sätze des Privatrechts anzuwenden sind. Vielmehr werden die gewöhnlichen Transportverhältnisse, Haftpflichtverhältnisse etc. nach Intensität und Extensität so sehr überschritten, dass schon lange der Erlass besonderer Bestimmungen als nothwendiges Erforderniss erschien. So entstanden Eisenbahngesetze und -Verordnungen, in welchen in eingehender Weise die gesammten Normen für ein umfassendes Aufsichtsrecht über Bau und Betrieb dieses Kommunikationsmittels fixirt wurden [1]).

Allein damit ist die Aufgabe des Staates noch nicht erschöpft, sie erstreckt sich gegenüber den Eisenbahnen

[1]) Diese Eisenbahngesetzgebung erstreckt sich sowohl auf den Personen- als auf den Gütertransport und befasst sich auch einlässlich mit der Haftpflicht, sei es bei Tödtung und Verletzung von Personen, sei es bei Untergang und Beschädigung von Gütern. Der Gesetzgeber geht dabei von dem Gedanken aus: wenn es dem Einzelnen nicht freigestellt sei, wie er seine Waare befördern wolle, sondern er an die Benutzung der Eisenbahn gebunden sei, so erscheine es auch gerechtfertigt, dass diese Anstalten in *strengerem* Masse zum Ersatze des wirklich eingetretenen Schadens angehalten werden können.

nicht auf einen *einzigen* Akt, sondern erfordert eine fortdauernde Thätigkeit, die sich nach verschiedenen Verhältnissen, namentlich nach den technischen und Verkehrsanforderungen richtet.

Aus dem Gesagten rechtfertigt sich, dass im Allgemeinen die Eisenbahn-Erlasse keine Anwendung finden auf jene allerdings sehr seltenen Eisenbahnen, die nicht dem öffentlichen Verkehr dienen, sondern nur den Interessen einer bestimmten Person oder eines bestimmten Etablissements (s. Schott, in Endemann's Handbuch, III, pag. 462).

Die Form, in welche die Erlaubniss zum Bau und Betrieb einer Eisenbahn gekleidet wird, ist die Eisenbahn-Konzession. In der Konzession wird für einmal festgestellt, was der Staat von der Gesellschaft verlangt und unter welchen Bedingungen die Bahn erstellt und betrieben werden darf. Allein da der Staat zur Zeit der Konzessionsertheilung nicht alle Verkehrsbedürfnisse zum Voraus erkennen und darüber Bestimmungen erlassen kann, so treten bald überall die modernen Anforderungen in Konflikt mit den Konzessionen. Die Eisenbahn-Gesellschaften wollen für alle Zeiten die Konzessionen allein für massgebend gelten lassen und in ihrem Interesse als unabänderlich hinstellen; sie halten jedem weiteren Verlangen des Staates in der Regel diese Urkunden entgegen und behaupten, darin sei *endgültig* geordnet, was der Staat von ihnen verlangen könne. Der Staat aber legt den Konzessionen eine weit flexiblere Bedeutung bei; in seinen Augen sind die Eisenbahnen ein Mittel zur Beförderung der Staatswohlfahrt, deren Interesse unter Umständen auch wohlerworbene Rechte zu weichen haben.

So dürfte es ein dankbarer Stoff einer juristischen Untersuchung sein, welche Rechtsnatur der Eisenbahn-

Konzession zukomme. Freilich kann es sich nicht blos darum handeln, die Eisenbahn-Konzession juristisch im *Allgemeinen* zu charakterisiren und dann die Aufgabe als erledigt zu betrachten. Weit wichtiger ist es, *in den einzelnen praktischen Fragen* genau zu untersuchen, in welcher Stellung der Staat sich gegenüber der Eisenbahn-Gesellschaft befinde.

Auf diese Weise scheidet sich unsere Arbeit naturgemäss in zwei Theile.

Erster Theil: Begriffsmässige Feststellung der rechtlichen Natur der Eisenbahn-Konzession.

Zweiter Theil: Kasuistische Erörterung der mit den Eisenbahn-Konzessionen zusammenhängenden Fragen.

Bei meiner Arbeit halte ich mich an die *schweizerische* Eisenbahn-Gesetzgebung, die für sich allein schon genügenden Stoff darbietet.

Erster Theil.

Begriffsmässige Feststellung der rechtlichen Natur der Eisenbahnkonzession.

Das Eisenbahn-Recht schuf seit seinem Entstehen eine quantitativ reiche Litteratur. Umfassende Bearbeitungen sind aus älterer Zeit namentlich die von Koch, aus neuerer Zeit die juristischen Werke von Endemann und Haberer, und die nationalökonomischen von Cohn und Sax. Allein alle geben sehr wenig Auskunft über das Wesen der *Konzessionen* und zudem zeigt sich eine grosse Differenz in den jeweilen kurz dargelegten Meinungen.

Reichere Bearbeitung hat die Konzessionsfrage in der Schweiz gefunden. Mit der vorhandenen doktrinellen Unklarheit über diesen Begriff hängt das Entstehen verschiedener bedeutender Prozesse zusammen und so wurde mehreren Rechtsgelehrten Anlass geboten, sich über das Wesen der Eisenbahn-Konzessionen auszusprechen.

Die verschiedenen Ansichten über die rechtliche Natur der Konzessionen können nun in ihren Hauptunterschieden folgendermassen skizzirt werden [1]):

[1]) Vgl. Meili, das Recht der modernen Verkehrs- & Transportanstalten, S. 22.

I. Die Eisenbahn-Konzession ist ein *Vertrag* zwischen dem Staat und den Konzessionären. Das Verhältniss zwischen den beiden Kontrahenten bestimmt sich ganz nach den Regeln der privatrechtlichen Verträge.

II. Die Eisenbahn-Konzession ist ein *hoheitlicher Akt* mit dem Werth und der Bedeutung eines Gesetzes; sie unterliegt also auch der *beliebigen Aufhebung und Veränderung* von Seite des Staates.

III. Eine media sententia sagt, die Konzession sei ein *hoheitlicher Akt, der aber zugleich Privatrechte verleihe.*

Diese dritte Ansicht wird von der Mehrzahl der Schriftsteller vertheidigt, aber immerhin mit vielen Abweichungen in der Beurtheilung der Einzelheiten.

Versuchen wir eine kurze Darlegung der drei Theorien, indem wir beim einen Extrem, der reinen Vertragstheorie von Rüttimann, beginnen.

I.

Die Eisenbahn-Konzession ist ein privatrechtlicher Vertrag.

Rüttimann sucht in seinem Rechtsgutachten den Nachweis zu leisten, dass durch die Eisenbahn-Konzessionen der schweizerischen Kantone für die betheiligten Gesellschaften Privatrechte begründet werden. Er kommt dabei zu folgendem Resultate: Alle Rechte sind entweder öffentliche oder Privatrechte. Wie verhalten sich zu dieser Eintheilung die erworbenen Rechte? Die Begriffe „erworbenes Recht“ und „Privatrecht“ sind identisch. Die Eigenschaft eines wohlerworbenen Rechtes ist nichts anderes als eine Seite eines jeden Privatrechtes

und zwar gerade diejenige Seite, welche es zum Privatrecht qualificirt. Die öffentlichrechtlichen Befugnisse sind ein immanenter Bestandtheil oder ein Ausfluss der Herrschermacht des Staates. Die Privatrechte hingegen beruhen auf einem *besonderen Titel,* d. h. auf einem *Erwerbgrund,* der immer ein dem objektiven Rechte entsprechender und gegen die subjektive Herrschermacht des Staates gerichteter *Privatwillensakt* ist. Auch wenn der Staat selbst durch einen öffentlichen Akt ein Privatrecht gründet und dasselbe gewissermassen von sich unabhängig macht, ist der Spezialtitel, auf welchem dieses Recht beruht, ein *Privatwillensakt,* indem der dem Gesetze entsprechende und vermöge des Gesetzes wirksame *Wille des Erwerbenden* das massgebende Moment ist. Ein erworbenes Recht ist immer ein Privatrecht; ein öffentlicher Titel des Erwerbes ist nicht massgebend, dadurch wird das Recht noch nicht erworben. Es ist darum nicht die Konzession der Titel, auf welchem das Recht ruht, sondern der dieser Konzession entsprechende und durch dieselbe legitimirte *Wille des Erwerbenden.* Dieser Willensakt, durch welchen der Betreffende des durch die Konzession ihm zur Okkupation freigestellten Objekts sich bemächtigt und den entsprechenden Lasten sich unterwirft, unterscheidet sich in keiner Weise von irgend einem andern Privattitel [1]).

Der Staat schliesst als Fiscus gewöhnliche Verträge über einen Gegenstand des Privatrechtes ab; dieselben Verträge können auch das Mittel zur Erreichung eines öffentlichen Zweckes sein, z. B. die Eisenbahn-Konzession, wo ein Zweig der Staatsverwaltung den Gegenstand

---

[1]) Lassalle, die Theorie der erworbenen Rechte. (II. Auflage von Lothar Bucher, Leipzig 1880) pag. 51 ff. pag. 71 f.

der Uebereinkunft bildet. — Die Unterhandlungen zwischen dem Staate und den Privaten, welche eine Eisenbahn zu bauen und zu betreiben beabsichtigen, gelangen dadurch zum Abschlusse, dass von dem betreffenden Kanton und vom Bunde den Bewerbern das von ihnen nachgesuchte Recht gegen Uebernahme bestimmter Verpflichtungen angeboten, und dass dieses Anerbieten von denselben angenommen wird. In diesem Hergange liegt eine Willenseinigung über ein Rechtsverhältniss, welches zwischen den beiden Parteien begründet werden soll, also ein Vertrag.

Nach dieser Theorie ist nun selbstredend jede einseitige Aenderung von Konzessionsbestimmungen unmöglich, denn alle Regeln der Verträge finden hier Anwendung; aber auch die Aenderung der Gesetzgebung soll dem Staate untersagt sein, sofern sie irgend welchen Einfluss haben könnte auf ertheilte Konzessionen, weil Gesetze keine rückwirkende Kraft haben und wohlerworbene Rechte niemals durch Gesetze zerstört werden können.

Ohne auf eine eingehende Kritik dieser Theorie an dieser Stelle einzutreten, müssen wir doch auf den Hauptfehler von Rüttimann aufmerksam machen. Es frägt sich, in welchem Momente die aus der Konzession entspringenden Privatrechte existent sind? ob schon im Momente der Konzessionsertheilung oder erst durch eine Willenshandlung des Konzessionirten, d. h. eine Annahmeerklärung, wodurch das unter bestimmten Bedingungen gemachte Anerbieten zu einem vollständigen Vertrage perfektionirt wird. Rüttimann behauptet das Letztere. Demgegenüber steht nun aber fest, dass die konzessionsmässigen Rechte existiren mit dem Momente der Ertheilung der Konzession, denn auf Grund der

geschehenen Konzessionsertheilung kann die Gesellschaft den Bau beginnen, die Expropriationen vornehmen u. s. w., ohne dass es von ihrer Seite noch einer besonderen Annahmeerklärung bedürfte; sie bleiben ferner existent während einer bestimmten Frist, ganz unabhängig davon, ob die konzessionirte Gesellschaft von ihren Rechten wirklich Gebrauch machen will oder nicht; ja es muss die Gesellschaft in keinem Momente nach der Ertheilung der Konzession die Absicht gehabt haben, von derselben Gebrauch zu machen, d. h. die Bahn zu bauen. Nach unserer Ansicht ist also Rüttimann's Definition der erworbenen Rechte zu eng. Von wohlerworbenen Rechten sprechen wir nicht nur, wenn sie durch zweiseitigen Vertrag entstanden sind, sondern auch wenn sie der Staat verliehen; ein Unterschied besteht einzig darin, dass in diesem letzteren Falle der Erwerbsakt nicht ein dem Anerbieten, der Offerte, gleichwerthiger Akt ist, wie im Privatvertrag, sondern nur als sekundäres Moment zum staatlichen Verleihungsakt hinzutritt.

Aus Rüttimann's Vertragstheorie haben die Eisenbahngesellschaften eine Behauptung abgeleitet, deren Unrichtigkeit sofort in die Augen springt. Sie stellten nämlich bei Anlass der Revision der Eisenbahngesetze von 1852 in einem Memorial an den Bundesrath den Satz auf, das Bundesgesetz von 1852 sei ein Bestandtheil der Verträge, weil es in die Konzessionen und in die Genehmigungsbeschlüsse seitens der Bundesversammlung aufgenommen worden sei. Daraus folge aber, dass eine Revision dieses Gesetzes gar nicht vorgenommen werden dürfe ohne ihre Einwilligung, denn zur Aufhebung auch nur einer einzelnen Bestimmung eines Vertrages sei nach bekannten Regeln der Konsens beider Kontrahenten erforderlich. Dass diese Behauptung ganz

unhaltbar ist, leuchtet ein. Die Kontrahenten eines Vertrages können freilich ein ganzes Gesetz oder Theile eines solchen in ihren Vertrag aufnehmen, aber nur in der Meinung, dass diese gesetzlichen Bestimmungen an Stelle besonderer, vielleicht abweichender Vereinbarung gelten sollen (sofern es sich wirklich um dispositives Recht handelt). Diese Gesetzesbestimmungen werden dadurch zu vereinbarten und haben mit dem Gesetze nur noch die Uebereinstimmung des Textes gemeinsam. Daneben bleibt das Gesetz als solches bestehen und richtet sich auch dessen Aufhebung und Aenderung nur nach den Verfassungsgrundsätzen: es wird nicht ein Theil derselben gleichsam absorbirt durch Aufnahme in die Konzession.

Ist das Gesetz geändert worden, so fällt damit keineswegs auch der Vertrag dahin, denn seine Bestimmungen sind vereinbarte; sie bleiben bestehen, wie sie vereinbart sind, bis sie durch beidseitigen Konsens geändert werden: es ist eben dispositives Recht.

Rüttimann erkennt für die Unabänderlichkeit der Gesetze gewisse Ausnahmen an, nämlich wenn veraltete, mit den gegenwärtigen Verhältnissen und Anschauungen nicht mehr übereinstimmende Rechtsinstitute beseitigt werden. Im Allgemeinen dürfe aber auch dies nur geschehen gegen wahre und vollständige Entschädigung des Berechtigten.

Diese reine Vertragstheorie konnte keinen Anklang finden, wo ein Staat, im Bewusstsein seines Hoheitsrechtes und der volkswirthschaftlichen Bedeutung der Eisenbahnen, ein strenges Aufsichtsrecht über dieselben ausübte; dagegen lagen in der Schweiz die Verhältnisse anders. Hier hatte sich nach der Ausdrucksweise der

bundesräthlichen Botschaft [1]) eine gewisse Eisenbahnsouveränität ausgebildet, indem die Gesellschaften unter der Devise, dass die Verkehrs- und Eisenbahninteressen zusammenfallen, den Verkehr ziemlich nach ihrem Gutdünken beherrschten und mit den Kantonsregierungen, die ihnen in der ersten Freude über das Geschenk des neuen Verkehrsmittels allerlei Vortheile eingeräumt hatten, in fortwährendem Streit lagen. Die Gesellschaften benützten jede Gelegenheit, neue Vorrechte zu gewinnen oder sich mindestens von den in den Konzessionen genannten keines schmälern zu lassen. Daher stammt auch die heftige Opposition der Gesellschaften, als es sich 1870/71 um die Abänderung des Eisenbahngesetzes von 1852 handelte.

So begegnen wir schon im Laufe der Verhandlungen betreffend diese Revision einer Abweichung von der reinen Vertragstheorie, nämlich im Bericht der Minderheit der ständeräthlichen Eisenbahnkommission, datirt vom 6. November 1871 von Jules Roguin (Bundesblatt 1871 III. pag. 871 ff.).

Roguin erkennt die Existenz eines Privatrechte begründenden Vertrages an, behauptet aber nicht mehr, dass das Eisenbahngesetz ein Theil dieses Vertrages sei, unterscheidet vielmehr scharf zwischen Gesetz und Konzession. „Die bis heute von Kantonen an Gesellschaften ertheilten und mit der Bundesgenehmigung versehenen Eisenbahnkonzessionen sind *nach einem grossen Theile ihrer Stipulationen Verträge*, welche zur Folge haben, zu Gunsten der Konzessionäre Privatrechte

[1]) Botschaft des Bundesrathes zum Bundesgesetz über Bau und Betrieb der Eisenbahnen. Vom 16. Juni 1871. Bundesblatt 1871, Bd. II, pag. 647 ff.

zu schaffen". Roguin folgert dies wie Rüttimann auch aus der äussern Form der Konzessionen und aus ihrer Benennung als „Verträge" oder „Uebereinkünfte". Auch in materieller Beziehung findet Roguin in den Konzessionen den ganzen Stoff eines wahren privatrechtlichen Vertrages mit Strafbestimmungen und Jurisdiktion. Dagegen fährt er fort: „Wenn nun aber die Eisenbahnkonzessionen für die Eisenbahngesellschaften Privatrechte schaffen, welche aus den Vertragsstipulationen resultiren, so können sie doch nicht zur Folge haben, dem Bunde zu untersagen, das Gesetz von 1852 abzuändern". Die legislative Befugniss des Staates sei intakt geblieben, er könne davon Gebrauch machen, wann er wolle, wenn nur die durch seinen Willen geschaffenen erworbenen Rechte intakt bleiben. Roguin weicht auch darin von Rüttimann ab, dass er annimmt, nicht alle Bestimmungen der Konzessionsakten seien privatrechtlicher Natur, und er führt als Beispiel an die staatlichen Befugnisse für Ueberwachung und Kontrole der Gesellschaften, die jederzeit in einem neuen Gesetz revidirt und präzisirt werden können, ohne vorher die Einwilligung der im Staate existirenden und darum allen seinen Gesetzen unterworfenen Unternehmung einzuholen.

Eine eigenartige, an das französische Recht sich anlehnende Konstruktion findet sich bei *Carrard* [1]). Er scheidet die Konzession in zwei Theile, den Beschluss der Regierung, eine Bahn zu bauen und den Vertrag mit der Unternehmung zur Ausführung dieses Beschlusses: „Sans doute la concession est tout d'abord un acte de souveraineté, soit d'autorité, qu'elle revête ou non la

[1]) Carrard, consultation .... pag. 8 (s. oben: drei Rechtsgutachten).

forme d'une convention. L'état agit, non point comme un particulier, mais comme une personne de droit public, lorsqu'il décide qu'un chemin de fer sera exécuté dans les conditions déterminées." Der Fiskus wendet sich nun zur Realisirung des Beschlusses an eine Gesellschaft und schliesst mit ihr einen darauf hinzielenden privatrechtlichen Vertrag. Carrard kommt darum zu folgender Definition: „La concession est de la part de l'Etat qui la donne, à la fois un acte de droit public et un acte de droit privé, et de la part de la compagnie qui l'accepte, uniquement un acte de droit privé."

Zur Bekräftigung der Ansicht führt Carrard eine Anzahl Stellen aus bestehenden schweizerischen und französischen Konzessionen an, erwähnt auch mehrere Aussprüche französischer Juristen und Gerichte [1]).

Im französischen Recht trennt sich immer die Konzession in zwei Theile, den reinen hoheitlichen Akt des formellen Konsenses zum Eisenbahn-Bau und Betrieb und das Bedingniss- oder Pflichtenheft (cahier des charges). Wir geben zu, dass letzteres als reiner Vertrag zwischen Staat (als Fiscus) und Privaten errichtet werden kann. Allein die eigentliche Konzession besteht doch immer nur aus dem staatlichen Akt, der die Erlaubniss zum

---

[1]) *Arrêt de la cour de cassation française,* 10 Mai 1884: „le cahier des charges n'est autre chose qu'un contrat".

Dufour, droit admin. T. III Nr. 242: „dans les rapports de l'Etat et du concessionaire, l'acte de concession a tous les caractères du contrat".

Batbie, droit public. T. VII, Nr. 253 et 258: „la concession est un acte par lequel l'administration subroge à ses droits un particulier ou une compagnie. Le contrat de concession est synallagmatique à titre onéreux et commutatif".

Revue de législation 1835: „La concession est un contrat, par lequel — —

Betrieb dieses sonst nicht erlaubten Gewerbes ertheilt. Dieser Erlaubniss können nun vorangehen oder nachfolgen gewisse Stipulationen über die Art und Weise, wie das konzedirte Recht ausgeübt werden soll; solche Stipulationen können auch in der Konzession selbst enthalten sein, verlieren dann aber ihren Vertragscharakter und nehmen den Charakter der Konzession, d. h. obrigkeitlicher Anordnungen an. (S. unten: II. Theil, Abschnitt VII), die Verpflichtungen gegenüber der eidgen. Postverwaltung und deren Regelung durch einen Vertrag).

Allein die Theorie Carrards kann auch darum auf unsere schweizerischen Eisenbahn-Konzessionen keine Anwendung finden, weil wir jene gesonderten Pflichtenhefte nur in seltenen Ausnahmen finden.

Zu den Vertretern der Vertragstheorie gehört auch *Haberer*[1]), in seinem Werke über österreichisches Eisenbahn-Recht. Bau und Betrieb von Eisenbahnen erscheine als Ausfluss der Staatsgewalt, als Hoheitsrecht, dessen Ausübung von Privaten nur durch besondere Bewilligung seitens der Staatsgewalt gestattet sei. „Diese Bewilligung beruht auf einem Vertragsverhältnisse zwischen Staat und Eisenbahn-Unternehmung und hat die Wirkungen eines Privilegs, welches für den betreffenden Unternehmer die Bedeutung eines wohlerworbenen, der Idee nach aus der Staatsgewalt abzuleitenden, also öffentlichen Rechtes hat."

Der Fehler in dieser Deduktion liegt darin, dass Haberer annimmt, die Ausübung eines Hoheitsrechtes könne vom Staate durch Privatvertrag verliehen werden. Einen privatrechtlichen Vertrag kann der Staat nur als Fiscus schliessen, der Fiscus aber verfügt nicht über

[1]) Haberer, a. a. O., pag. 4 ff.

die Ausübung der Hoheitsrechte. Der Fiscus kann Verträge schliessen, die wohlerworbene Rechte erzeugen, aber der Staat als Inhaber der staatlichen Hoheitsrechte allein kann die Ausübung eines solchen Hoheitsrechtes übertragen; er erzeugt dadurch auch wohlerworbene Rechte, die aber durch die Verleihung und nicht durch Vertrag erworben werden, denn der Staat als Inhaber der Hoheitsrechte kann nicht mit einem Privaten pacisziren.

II.

Die Eisenbahn-Konzession ist ein hoheitlicher Akt mit dem Werth und der Bedeutung eines Gesetzes, unterliegt also jederzeit der Revocation.

Die reine Hoheitstheorie, das andere Extrem der Definitionen einer Eisenbahn-Konzession, findet sich in der Botschaft des Bundesrathes zum Entwurf eines neuen Bundesgesetzes über Bau und Betrieb der Eisenbahnen. Vom 16. Juni 1871. (Bundesblatt 1871. II. pag. 655 ff.)

Diese Theorie kennzeichnet sich durch die Worte der Botschaft: „Konzessionen sind, wie es schon ihr Name besagt, Akte der Staatshoheit. Der Staat pacisziert mit der Eisenbahn-Gesellschaft so wenig als mit dem Wirthe, Metzger, Apotheker u. s. f., welchen er Konzessionen gewährt, über die Ausübung seiner Staatshoheit in diesen Materien. Er macht allerdings diesen Privatindustrien gewisse Zusagen, welche ihnen ermöglichen, die geschäftliche Seite ihrer Unternehmungen in

Sicherheit zu begründen; allein er denkt gar nicht daran, sich in der Ausübung seiner eigenen Hoheitsrechte dem Privaten gegenüber im Geringsten zu beschränken; ja es wäre zu einer solchen Entäusserung der staatlichen Hoheitsrechte gar keine Staatsbehörde befugt". Mit der ganz unrichtigen Behauptung, dass das Eisenbahn-Gesetz von 1852 ein Theil des Privatvertrages sei, falle von selbst auch die Folgerung, dass die Konzession und das Gesetz nur mit Zustimmung des Konzessionsinhabers vom Staate verändert werden dürfen; es gehöre vielmehr zu den unveräusserlichen Souveränitätsrechten des Staates, dass er seine *Gesetzgebung frei gestalten und frei ändern könne.* Auch für den Staat gelte der allgemeine Satz, qui iure suo utitur, neminem laedit. Allerdings könne durch gewisse Eingriffe in die gewährte Konzession der Staat entschädigungspflichtig werden, aber nur wenn erstlich wirkliches Privatrecht verletzt worden, zweitens ein Schaden nachgewiesen sei und drittens die Staatsbehörden nicht innert den anerkannten Grenzen ihrer Kompetenzen gehandelt haben. Dagegen könne von einer Schadenersatzpflicht gar nie die Rede sein, wo der Staat nur zum Schutze der Ordnung, des Rechtes und des allgemeinen Verkehrs, der Sicherheit und Gesundheit seiner Bevölkerung von seiner Hoheit Gebrauch macht, weil diesen höheren Interessen der bürgerlichen Gesellschaft sich alle Individuen, Gesellschaften und Korporationen gleich den einzelnen Bürgern, unterordnen müssen.

Der Bundesrath nimmt das richtige Prinzip an, indem er die Konzession als einen *gesetzgeberischen Akt behandelt* und alle Konsequenzen daraus zieht. Dagegen übersieht er vollständig, dass durch die Konzessionen den Gesellschaften ausdrücklich bestimmte

Rechte zugesichert werden, die sich in Folge dessen als Privatrechte qualifiziren und allen Regeln der Privatrechte unterworfen sind. Die vollständige Verkennung aller Rechte der Gesellschaften kann uns aber namentlich als praktisches Resultat nicht befriedigen, sie macht das zweifellos ursprünglich private Unternehmen vollständig abhängig von der blossen Willkür der Behörden. Gegen eine solche Willkür sind zwar auch erworbene Privatrechte nicht unbedingt geschützt, sie haben aber doch eine Stütze in der Gerechtigkeit des Staates.

III.

Media sententia.

Unter den schweizerischen Juristen hat in erster Linie *Heusler* in seinem Rechtsgutachten eine befriedigende Lösung der Konzessionsfrage gefunden. In der Konzession sind staatsrechtliche und privatrechtliche Momente enthalten. Eine richtige Fragestellung ermöglicht uns die Trennung derselben. — „Was ist die *Quelle der Konzession?*“ *Die Staatshoheit.* „Was *bezweckt sie?*“ Die *Begründung eines Privatrechtes.*

An sich ist die Betreibung eines jeden Gewerbes freigegeben. Findet ein Staat aber, dass ein Gewerbe als solches, oder wenn es von einem Privaten betrieben wird, den öffentlichen Interessen schadet, oder sie wenigstens nicht in wünschbarer Weise befriedigt, so verbietet er den Betrieb oder behält sich vor, denselben den ihm geeignet scheinenden Persönlichkeiten zu über-

lassen und von sich aus Vorschriften über die Art und Weise dieses Betriebes festzustellen.

Vertragsnatur hat die Konzession desshalb nicht, weil für einen Vertrag im Rechtssinne die beiden kontrahirenden Parteien in gleicher rechtlicher Stellung sich befinden müssen, und dies ist hier nicht der Fall, weil der Staat nicht als Fiskus, sondern als Staat die Konzession ertheilt. Ferner ist es nicht einzusehen, woher der Staat das Recht nehmen sollte, einen solchen Vertrag einseitig aufzuheben, wenn von Seite der Gesellschaft ihre Verpflichtungen nicht erfüllt werden. Gegenüber der Konzession hat er aber dieses Recht unzweifelhaft. Durch die Konzessionsertheilung werden nun aber doch *privatrechtliche Rechtsverhältnisse geschaffen* und wenn der Staat solche aufheben und verändern will, ist er zu vollem Schadenersatz verpflichtet.

In ähnlicher Weise spricht sich *Morel* [1]) über das Wesen der Eisenbahn-Konzession aus: Dem Wesen nach ist eine Konzession kein Vertrag. Letzterer, soweit man es mit einem privatrechtlichen Vertrag zu thun hat, setzt voraus eine Willensvereinbarung zweier Parteien über einen Gegenstand, der an sich dem Vertragsrechte unterliegen kann. Diese beiden Requisite treffen bei der Konzession nicht zu.

Die Konzession ist ein Akt der Staatshoheit, ertheilt von der gesetzgebenden Behörde oder im Falle der Delegation, von der Landesregierung. Es kontrahirt nicht der Fiskus als vermögensrechtliche Person, sondern die Hoheit bewilligt. Dies schliesst an sich die Annahme eines Vertrages und die Abtretung von Privatrechten aus. Die Konzessionsertheilung geschieht auch

[1]) Morel, Bundesstaatsrecht, Basel 1880. II. Bd. pag. 71 ff.

nicht zu dem Zwecke, dem Bewerber ein Privatgeschäft zu begründen, sondern ihm die Vermittlung des öffentlichen Verkehrs zwischen gewissen Landesgegenden zu übertragen. Da die Konzession diese Zweckbestimmung hat, dem öffentlichen Verkehr zu dienen, so ist mit derselben auch das Recht der Zwangsenteignung verbunden, welches, selbst wieder ein Ausfluss der Staatshoheit, nur einem öffentlichen Werke ertheilt werden kann, und wird durch dieselbe überdies der Konzessionär mit gewissen polizeilichen Befugnissen für den Betrieb der Bahn ausgestattet. All' dies beweist klar, dass die Ertheilung der Eisenbahn-Konzession und die mit der Ausübung einer solchen Konzession verbundenen Rechte und Pflichten ihrem Ursprung und Wesen nach nicht dem Privatrechte, sondern dem öffentlichen Rechte angehören. An diesem öffentlichrechtlichen Charakter der Konzessionen kann der Umstand grundsätzlich nichts ändern, dass in denselben spezielle Bestimmungen über die Verpflichtungen des Konzessionsinhabers, wie über dessen Berechtigungen (Konzessionsdauer, Maximalpreise u. s. w.) aufgenommen werden. Die Einräumung des Rechtes zum Bau und Betrieb einer Eisenbahn bleibt doch immerhin eine im öffentlichen Verkehrsinteresse ertheilte und der Polizeihoheit des Staates entsprungene hoheitliche Bewilligung, *ein öffentlicher Akt der Staatsbehörde* und *speziell ein Akt der gesetzgebenden Behörde.*

Damit ist freilich nicht gesagt, dass aus einer solchen hoheitlichen Bewilligung nicht *gleichfalls Privatrechte des Konzessionsinhabers wirklich entstehen.* Dies zu verneinen, stände im Widerspruche mit dem faktischen Zustande, der durch die Konzession geschaffen wird. Unbestreitbar erhält der Konzessionär durch die Kon-

zessionsertheilung das persönliche Recht, die betreffende Eisenbahn zu bauen und zu betreiben, dieselbe innert den Beschränkungen, welche ihm die Konzession auferlegt, als ein geschäftliches Unternehmen ökonomisch auszubeuten, mit Ausschluss gegenüber jedem Dritten. Dies Recht ist ein Privatrecht, es gehört zu den Vermögensrechten und nähert sich am meisten jenen Rechten, die aus Privilegien entstehen.

Meili [1]) geht weiter und betrachtet die Konzession als *wirkliches Privilegium:* „Die Konzession ist ein Ausfluss der Hoheitsrechte des Staates, der das Recht zum Bau und Betrieb von Eisenbahnen wegen der vielen dabei betheiligten öffentlichen Interessen sich reservirt hat. Nun sind aber staatliche Hoheitsrechte ihrer Natur nach unveränderlich, sie können auch nicht partiell an einen Dritten (Privaten) übertragen werden. Daher ist die Konzession kein Vertrag, sondern ein einseitiger Hoheitsakt des Staates, sie ist ein Gesetz für einen konkreten Fall, ein Privilegium". Ein Privilegium ist aber eben Erwerbsart eines Rechtes, es schafft Privatrechte, darum können wir sagen: „Die Konzession schafft ein festes, konkretes Recht, ein Privatrecht mit öffentlich rechtlichem Inhalt, ein aus privatem und öffentlichem Recht gemischtes Rechtsverhältniss."

Ebenso bestimmt spricht sich *Endemann* [2]) aus. Die Konzession kommt gewöhnlich in den Formen des Vertrags, durch Willenseinigung des Ertheilers und des Konzessionärs zu Stande, ist aber ihrer Natur nach nicht nach den Grundsätzen des Privatrechts als Vertrag zu

---

[1]) Zeitschrift für Handelsrecht Bd. XXIV pag. 359 ff. und das Recht der modernen Verkehrs- und Transportanstalten S. 22.

[2]) Endemann, a. a. O. § 55.

beurtheilen. Ihrem Wesen nach ist vielmehr die Ertheilung der Konzession vornehmlich ein Verwaltungsakt, Ausfluss des über das Eisenbahn-Wesen der Staatsgewalt zustehenden Hoheitsrechtes; für den Erwerber ein Privileg, das ihm die gesetzlich erforderliche Ermächtigung zu dem Eisenbahn-Unternehmen unter gleichzeitiger Konstituirung gewisser Pflichten verleiht. Demgemäss steht es auch dem Staat ganz frei, diesen Verwaltungsakt zu widerrufen, Gesetz und Konzession zu ändern, ohne Entschädigung zu leisten. Indessen lässt sich nicht verkennen, dass aus der Vereinbarung zugleich privatrechtliche Befugnisse und Verpflichtungen entstehen können und für solche lässt sich ein Entschädigungsrecht und demgemäss ein Klagerecht des Konzessionärs nicht unbedingt verneinen.

Hilty [1]) in seinem Rechtsgutachten kommt im Wesentlichen auch zu demselben Resultat, jedoch, wie wir sehen werden, mit verschiedenen Unrichtigkeiten. Die Ertheilung einer Eisenbahnkonzession enthält nach ihm eine Veräusserung von staatlichen Souveränitätsrechten, namentlich des Expropriationsrechts, eines Theiles der staatlichen Polizeihoheit und zugleich die Errichtung eines Verkehrsmonopols etc. und von dieser Seite betrachtet ist eine solche Verleihung ein Akt öffentlichen Rechts. Die Eisenbahngesellschaften sind aber meist Privatpersonen. Solchen kann der Staat einen Auftrag zum Eisenbahnbau und zur Uebernahme der diesfälligen Verpflichtungen nicht so ohne Weiteres geben, sondern er muss um seiner Sicherheit willen eine Reihe von Bedingungen privatrechtlicher Natur daran knüpfen, und wieder werden sich *keine Privaten finden,* die

[1]) Hilty, Rechtsgutachten, pag. 15 ff.

solche Lasten übernehmen, *um eine jeden Augenblick zurückziehbare oder veränderliche Berechtigung zu erwerben.* Es nimmt also jede Eisenbahnkonzession an Private unwillkürlich neben dem Charakter einer Verleihung von Souveränitätsrechten auch den Charakter eines zweiseitigen Privatvertrages an; die Eisenbahnkonzession hat *einen staatsrechtlichen und einen privatrechtlichen Theil.*

Wir können trotz dieser Anlehnung an die Theorie Rüttimann's dennoch Hilty bei der media sententia aufnehmen. Er legt nämlich das Hauptgewicht darauf, zu untersuchen, welcher dieser beiden Theile einer Konzession überwiege, und unter welchem Gesichtspunkt sie vorwiegend aufgefasst werden müsse und er hält nun dafür, die *staatsrechtliche Seite überwiege,* denn ohne sie sei eine Konzession gar nicht denkbar; zweitens verlange sie diese Stellung wegen des ganzen öffentlichen Charakters des Verkehrswesens. Die Eisenbahnkonzession ist also in ihrem wesentlichen Theile ein staatsrechtlicher Vertrag. Staatsverträge sind aber, auch wenn sie mit Privaten abgeschlossen werden, jederzeit einseitig auflösbar.

Sax [1]) und *Randa* [2]) stimmen im Wesentlichen überein und weisen namentlich darauf hin, dass der Konzessionsertheilung eine Uebereinkunft über die Bedingungen voranzugehen pflegt.

Mit unbedeutenden Verschiedenheiten wird die skizzirte Mittelmeinung ferner vertreten von *Koch* (a. a. O. Bd. II, pag. 489). *Eger* (a. a. O. pag. 93). *Rechtsgutachten* betr. die Rechte der Kaiser Ferdinand-Nordbahn (Grünhut's Zeitschrift, Bd. XIV, pag. 704 f).

[1]) Sax, a. a. O., pag. 237 f.

[2]) Randa, in Grünhut's Zeitschrift, Bd. XII, pag. 695.

Es war dies auch die massgebende Ansicht an der *internationalen Konferenz über Eisenbahntransportrecht* vom Mai 1878 (s. Protokolle II. Sitzung, 14. Mai 1878). Schliesslich ist diese Ansicht auch adoptirt worden vom *schweizerischen Bundesgericht.* (B. G. E., Bd. VIII, 359, Bd. XII, 714 f.)

Nachdem so die drei Theorien über die juristische Natur der Eisenbahnkonzessionen skizzirt sind, haben wir sie einer Kritik zu unterziehen.

In erster Linie haben wir zu untersuchen, welche Stellung der Staat bei der Ertheilung der Konzession einnimmt.

Es wurde zuerst von *Koch* [1]) der Begriff eines Eisenbahnregals aufgestellt, abgeleitet aus dem alten Strassenregal. Wir können diese Ansicht von Koch und Reyscher insofern anerkennen, als sie verlangen, dass die Rechte, welche dem Staate gegenüber den Eisenbahnen zukommen, nach Analogie seiner Rechtsstellung zu den Landstrassen und zur Post beurtheilt werden müssen. Dagegen können wir doch nicht von einem Eisenbahnregal sprechen.

Der Begriff des Regals ist ein wesentlich anderer als früher. Ursprünglich war ius regale gleichbedeutend mit ius regis. Allmälig trat eine Scheidung ein in regalia essentialia, wesentliche, hohe, unübertragbare, welche dem Staate dem Begriffe nach zustehen und die regalia

[1]) Koch, a. a. O., Bd. I, pag. 3 ff., pag. 34, Anm. 3—7. Bd. II, pag. 487, s. ferner Maurenbrecher, Staatsrecht § 215, 216. Reyscher, Rechte des Staates an den Eisenbahnen (Zeitschrift für deutsch. Recht, XIII, pag. 243—302.

accidentalia s. minora, niedere, zufällige. Die ersteren sind die heute so genannten Hoheitsrechte und die letzteren die heutigen Regale (Laband). Es bedarf heute für ein Regal nicht, wie oft behauptet wird, der historischen Begründung, der Ableitung aus den früheren iura regis, wir erklären die Regale vielmehr aus dem Bedürfniss des Staates, in fiskalischem oder volkswirthschaftlichem oder politischem Interesse gewisse Gewerbszweige einer genauen Regelung und Beaufsichtigung zu unterstellen, wohl auch selbst zu betreiben und dazu einen Eingriff in die Gewerbefreiheit zu machen. Der Gesetzgeber ist in dieser Beziehung ganz frei, er darf jedes Gewerbe zum Regal erklären [1]).

Die modernen Regalien sind also exklusive Berechtigungen des Staates zur Ausübung gewisser wirthschaftlicher Thätigkeiten [2]); es sind nutzbare Rechte privatrechtlichen Charakters, welche dem *Staate als solchem* zustehen. Subjekt dieser Rechte ist immer der Staat, kraft Rechtssatzes; quoad ius ist dieses Recht unübertragbar, dagegen quoad exercitium kann es einem Privaten übertragen werden.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass es eine reine Thatfrage ist, ob wir von einem Eisenbahn-Regal sprechen können oder nicht. Wo der Staat durch Rechtssatz das Bau- und Betriebsrecht zu seinem ausschliesslichen Rechte gemacht hat, hat er ein Eisenbahn-Regal geschaffen, nicht aber, wo er der Privatthätigkeit freien Spielraum lässt.

---

[1]) Beseler, System des deutsch. Priv. Rs. 3. Aufl., pag. 363. Gerber, deutsch. Priv. R. 13. Aufl., § 67 und Anm. 4.

[2]) Meili, das Telegraphenrecht, 2. Auflage, pag. 11 ff. Derselbe, das Telephonrecht, pag. 68 f.

In der Schweiz ist dies Recht den Privaten geblieben, und lediglich die Feststellung der Bedingungen zu dessen Ausübung ist auf den Bund übergegangen. Wir werden also für unsere Verhältnisse den Begriff des Eisenbahn-Regals verwerfen [1]).

Indess erfordert doch der Eisenbahn-Bau und Betrieb, obschon er an sich wie jedes wirthschaftliche Gewerbe zunächst einem Privatunternehmen gleicht, wegen seiner eminent öffentlichen Bedeutung, der Grossartigkeit der Anlage und der Gefährlichkeit des Betriebes eine fortwährende Aufsicht und Kontrole von Seite des Staates. Von diesem Gesichtspunkte aus ist die Vergleichung mit den gewerblichen Konzessionen (s. bundesräthl. Botschaft oben pag. 24) entschieden gerechtfertigt. Die Grösse des Interessenskreises bringt es mit sich, dass im einen Falle die oberste Behörde selbst sich das Recht der Konzessionirung vorbehält, im andern Falle dagegen an eine Polizeibehörde delegirt. (S. dagegen Hilty, pag. 17).

---

[1]) Von anderer Seite wird der Begriff des Regals viel weiter aufgefasst; man versteht darunter die exceptionelle Befugniss des Staates, zu bestimmen, ob ein Gewerbe von der allgemeinen Gewerbefreiheit eximirt sei oder nicht. Von dieser Befugniss kann er Gebrauch machen, indem er entweder das Gewerbe monopolisirt oder der Privatthätigkeit freigiebt oder endlich blos ein Aufsichtssystem wählt. Bei den Eisenbahnen entschloss er sich für das System der Konzessionirung. Bei dieser Fassung des Begriffes könnten wir allerdings von einem Eisenbahn-Regal sprechen, allein dies scheint uns dem allgemeinen Sprachgebrauch zu wiedersprechen, indem wir den Ausdruck Regal nur anwenden, wenn der Staat sich wirklich entschlossen hat, eine gewisse wirthschaftliche Thätigkeit selbst auszuüben.

So viel steht also fest, dass die Konzession von einer staatlichen Behörde an einen Privaten erlassen wird. Unsere nächste Aufgabe wird nun sein, zu untersuchen, in welcher Form dies geschieht, namentlich ob ein Vertrag vorliege. Rüttimann sagte, die Konzession sei nur ein Anerbieten von Seite des Staates, eine Offerte, welcher von Seite der Gesellschaft die Akzeptation folgt. Er unterscheidet nicht zwischen dem Staat als öffentlichrechtlicher Person und als Fiskus, ja er hält es gar nicht statthaft, den einen und untheilbaren Staat gewissermassen in verschiedene Personen aufzulösen. Eine Unterscheidung zwischen gewöhnlichen Verträgen, welche der Staat als Fiskus über einen Gegenstand des Privatrechts abschliesst und einer Eisenbahn-Konzession, bei welcher ein Zweig der Staatsverwaltung den Gegenstand der Uebereinkunft bildet, ist nicht zu billigen. (Rüttimann a. a. O. pag. 11).

Es gibt zweierlei Verträge, staatsrechtliche und privatrechtliche. Die ersten werden abgeschlossen zwischen zwei öffentlich rechtlichen Subjekten über einen Gegenstand des Staats- oder Völkerrechts. Die letztern sind die gewöhnlichen privatrechtlichen Verträge. Rüttimann (s. oben pag. 16) glaubt, dass wir es mit einem solchen Privatvertrag zu thun haben, dass also der Staat als Fiskus über die Ertheilung einer Eisenbahn-Konzession verhandle wie z. B. über die Prägung eines Geldquantums, über die Verproviantirung einer Militärschule u. s. w.

Gegen einen solchen privatrechtlichen Vertrag spricht für unser heutiges Recht vor Allem Art. 28, Eisenbahn-Gesetz von 1872, welcher dem Bunde das Recht einräumt, in gewissen Fällen die Konzession für verwirkt zu erklären. Im Wesen des Privatvertrages

liegt es, dass er nur durch den übereinstimmenden Willen der beiden Parteien aufgehoben werden kann [1]).

Das Recht zum Entzug der Konzession charakterisirt sich aber auch nicht als Konventionalstrafe, ebensowenig als Recht zum Rücktritt vom Vertrage, sondern als rein polizeiliche Massregel. Auch hierin zeigt sich die Aehnlichkeit mit den gewerblichen Konzessionen, Wirthschaftspatenten u. s. w. (Heusler a. a. O. pag. 4).

Dem gegenüber behauptet nun Hilty (a. a. O. pag. 17), es sei nicht ein privatrechtlicher, sondern (seinem wesentlichen Theile nach) ein staatsrechtlicher Vertrag, abgeschlossen mit einem Privaten, und daher so gut wie ein mit einem Staate abgeschlossener Vertrag einseitig auflösbar. Ein Privater könne offenbar keinen Staatsvertrag abschliessen, sondern von seiner Seite sei es lediglich Privatvertrag, dagegen auf der Seite des andern Kontrahenten finden sich beide Momente und so kommt Hilty zu dem Widerspruch, dass ein Vertrag zugleich Staats- und Privatvertrag sein kann.

Für einen Vertrag verlangen wir Gleichwerthigkeit der begründeten Rechte und Pflichten und namentlich auch gleiche rechtliche Stellung der kontrahirenden Parteien. (Heusler, a. a. O. pag. 8.) Es kann der Staat als öffentlichrechtliches Subjekt, als Vertreter der Staatshoheit, Verträge abschliessen mit einem andern, gleichgestellten öffentlichrechtlichen Subjekt, das sind

---

[1]) Wenn sich ein Theil im Verzuge befindet, wird sich die Stellung des Nichtsäumigen verbessern und so entsteht dann eine scheinbare Ausnahme von diesem Satz. Vergl. S. O.-R. Art. 122—125.

staatsrechtliche und völkerrechtliche Verträge. Mit einem Privatmanne kann er nur soweit einen Vertrag schliessen, als er dabei selber privatrechtliche Persönlichkeit annimmt, also als Fiskus auftritt. Dagegen bleibt der Gedanke völlig ausgeschlossen, dass das öffentlichrechtliche Subjekt Staat paciszirt mit einem Privaten, es kann ihm vielmehr nur gegenübertreten als Herrscher, kraft seines Hoheitsrechtes. Schwierig ist in vielen Fällen, die Grenze zu fixiren zwischen der Erscheinungsweise des Staates in der ersten und zweiten Stellung. Bei der Eisenbahn-Konzession können wir nicht lange im Zweifel sein, wenn wir wissen, dass dieselbe nur durch einen Beschluss der Bundesversammlung entstehen kann, also durch einen gesetzgeberischen Akt der kompetenten Behörde. Ueber eine solche Rechtssphäre verfügt der Konzessionär nicht, also konnte er nicht die Konzession durch einen Vertrag erwerben [1] [2].

Mit dem Gesagten scheint uns auch ein weiteres Argument von Rüttimann, Carrard und Rogwin widerlegt zu sein, nämlich dass über die Natur eines Rechtsverhältnisses in erster Linie der Wille der Parteien entscheide. Dieser Wille, sagen sie, offenbare sich in vielen Fällen schon in der äussern Form als Vertragswille, z. B. Konzession von Wallis vom 22. Januar 1853: „Zwischen dem Kanton Wallis einerseits und Herrn Adrian von La Valette in Paris .... anderseits ist folgen-

---

[1] Entsprechend dieser Ausführung drückt sich Art. 29 der Normalkonzession aus: „Der Bundesrath ist mit dem Vollzuge der Vorschriften dieser Konzession ..... beauftragt."

[2] S. ferner Kopf und Art. 1 der Normalkonzession.

der Vertrag abgeschlossen worden." [1]) Wir geben zu, dass in diesen Fällen beide Parteien die Absicht hatten, einen Vertrag abzuschliessen. Allein diese Absicht konnte nur entstehen aus Irrthum, aus der Unklarheit über juristische Begriffe und daher müssen wir sie als irrelevant bezeichnen. Wie der Taufname, mit dem die Kontrahenten einen Vertrag ausrüsten, nicht über dessen juristischen Gehalt entscheidet, so vermag auch eine äussere Form oder Bezeichnung nicht einem hoheitlichen Akt die Bedeutung eines Privatvertrages zu geben.

Immerhin beweisen solche Momente, wie sehr die Eisenbahngesellschaften von Anfang an ihre Interessen zu wahren verstanden haben, wie sehr sie den konzessionirenden Kantonsregierungen gegenüber zu einer imponirenden Macht empor gewachsen waren.

Die Verwerfung der Vertragsnatur der Eisenbahn-Konzession nöthigt uns, nach einer andern Rechtsform zu suchen, unter welche wir die Konzession unterbringen können, eventuell eine solche zu bilden.

In der ersten Entwicklungszeit richtete sich das Recht zum Bau und Betrieb der Bahnen einzig nach der Konzession, denn diese enthielt alle Bedingungen, welche der Staat den Gesellschaften setzen wollte.

Bald entstand ein Eisenbahn-Gesetz, indem sich das Bedürfniss geltend machte, den Bahnen grössere Aufmerksamkeit zu schenken. Die bestehenden Haftpflichtsätze waren zu milde für eine Unternehmung, bei der die Arbeiter und Angestellten fast beständig der Lebensgefahr ausgesetzt sind; es musste ihnen ferner

---

[1]) Zahlreiche Beispiele solcher „Verträge", „Uebereinkünfte", „Vertragsbedingungen" etc. finden sich im ersten Bande der Sammlung der E. A. S. Alte Serie.

ein Eingriff ins Postregal gestattet werden, weil naturgemäss die Personenbeförderung von jetzt an ihnen zufiel; auch die Erstellung eigener Telegraphen musste ihnen im Interesse der Sicherheit gestattet werden. Dazu kamen in früherer Zeit zahlreiche finanzielle Unterstützungen in Form von Steuerbefreiungen. Die Massenhaftigkeit der Transportverträge verlangte nach einer einheitlichen Form über deren Abfassung und einheitliche Haftbestimmungen. Es musste sich nothwendigerweise ein eigenes Eisenbahn-Recht bilden, dessen Festsetzung zur Erreichung der Einheitlichkeit dem Bunde überlassen wurde. Solches spezielles Eisenbahn-Recht ist also zum Theil in den Eisenbahn-Gesetzen, zum Theil in den Konzessionen enthalten. Je mehr sich die Eisenbahn-Gesetzgebung entwickelte, um so weniger war es nöthig, wie früher auch die im Gesetz geregelten Materien wieder in die Konzessionen aufzunehmen. Man konnte sich auf den Satz beschränken, dass die jeweiligen Bundesgesetze, sowie alle übrigen Vorschriften der Bundesbehörden über den Bau und Betrieb der schweiz. Eisenbahnen jederzeit genaue Beachtung finden sollen, (Art. 1 Normalkonzession) und brauchte dann in die Konzessionen nur das einer jeden Eigenthümliche aufzunehmen.

So entstand bald nach dem Uebergang der Eisenbahn-Hoheit an den Bund ein einheitliches Schema als Normalkonzession. (s. Hürlimann No. 3).

Da nach dem Gesagten die Konzession *besonderes Recht* schafft für einen *konkreten Fall,* stellt sie sich dar als ein *Privilegium* [1]). Sie gibt in erster Linie der

[1]) Windscheid, Pandekten Bd. 1, § 135: „Privilegium ist die einer individuellen Person oder einer individuellen Sache oder

Gesellschaft das Recht, die Bahn zu bauen und zu betreiben; dies Recht hat nur derjenige, dem es durch Rechtssatz verliehen worden ist, sie schafft also für den Betreffenden ein günstigeres Recht.

Für den Konzessionirten entsteht dadurch ein wirkliches Recht, eine Befugniss, die er mit allen Rechtsmitteln verfolgen kann, also ein *Privatrecht.* Es entsteht durch den Konzessionsakt oder wie wir jetzt sagen, durch die Privilegertheilung, ein wirkliches Privatrecht mit gleicher rechtlicher Wirkung wie die durch Verträge erworbenen Rechte. Es liegt im freien Bestimmungsrecht des Staates, welche Rechtsbefugnisse er ertheilen will, er lässt sich nur leiten von den Erfordernissen der öffentlichen Interessen; soweit diese es gestatten, lässt er den Gesellschaften das ihnen von Natur zukommende freie Bestimmungsrecht. Wo Gesetz oder Konzession nichts bestimmen, ist kein Recht verliehen worden, verbleiben also alle Befugnisse dem Staat gemäss seinem umfassenden Gesetzgebungsrecht, d. h. die Gesellschaften erwerben Privatrechte, wo ihnen durch die Konzession ein Maximum der Verpflichtungen oder ein Minimum der Berechtigungen zugestanden ist. Innerhalb dieser Grenzen bleibt ihnen ihre natürliche Freiheit.

---

einem individuellen Rechtsverhältniss gewährte Rechtsbegünstigung. . . . . Der Ausdruck Privilegium überhaupt bezeichnet an und für sich nicht blos die verschaffte günstige Rechtsstellung, sondern auch, und zwar in erster Linie, den die günstige Rechtsstellung begründenden Rechtssatz."

S. ferner Wächter, Handb. des würtemb. Priv.-Rs. Bd. II, pag. 16 und 17; Unger, österreich. Priv.-R. Bd. I, pag. 52: Meili, Zeitschrift für Handelsrecht, XXIV, pag. 359 ff.; Endemann a. a. O. § 55; Randa, in Grünhut's Zeitschrift Bd. XII, pag. 695. Eger a. a. O. pag. 83. Heusler a. a. O. pag. 9 f.

Gegen die Privilegsnatur der Konzession tritt wieder Rüttimann auf; nach ihm wird, wie wir (oben pag. 15 f.) erwähnten, das Privatrecht erst durch den Privatwillensakt erworben.

Nach unserer Ansicht sind gerade die Privilegien der sprechendste Beweis dafür, dass durch hoheitlichen Akt Privatrechte entstehen [1]). Zum Beispiel das bekannte Privilegium der Steuerfreiheit ist ohne Zweifel ein hoheitlicher Akt, erlassen vom Gesetzgeber. In welchem Momente erwirbt der Privilegirte das unzweifelhafte Privatrecht, keine Steuer zahlen zu müssen? Schon im Momente der Privilegertheilung oder erst im Momente der Erhebung der Steuer, wo er sich fragt, ob er diese bezahlen oder von seinem Privileg Gebrauch machen soll? Das letztere scheint unnatürlich. Es kann freilich Niemand gezwungen werden zur Ausübung eines Rechtes; diese hängt vielmehr von seinem freien Willen ab; dagegen bedarf es zum Erwerb eines Rechtes nicht eines Privatwillensaktes, er kann sogar gegen den Willen des Berechtigten stattfinden. „Jedes Privilegium nimmt dadurch, dass es einer Privatperson ertheilt wird, für diese den Werth und die Bedeutung eines Privatrechtes an, ist in Rücksicht auf den Berechtigten ein Privatrecht. Selbst dasjenige Privileg, das als eminent öffentlichrechtliches Privileg erscheint, das der Steuerfreiheit, ist für den Privilegirten zum Vermögens-, zum Privatrecht geworden." (Heusler, a.a.O. pag. 14 [2]).

---

[1]) Laband, Staatsrecht Bd. II, pag. 362: „Erworbenes Recht ist ein solches, das auf einem speziellen Rechtstitel (Privileg, Vertrag) beruht." Lassalle a. a. O. pag. 51 ff. Rüttimann a. a. O. pag. 9.

[2]) S. ferner Bluntschli in dem oben angeführten Rechtsgutachten pag. 14. Seuffert Archiv XI, Nr. 182, XV Nr. 74.

Unser nächstes Interesse geht darauf, zu erfahren, welches die Privatrechte sind, die durch die Konzessionen den Gesellschaften gegeben werden. Wir können die Aufzählung und Besprechung dem zweiten Theil überlassen; hier genügt es, zu erwähnen, dass das wichtigste das Existenzrecht der Bahn ist, die Berechtigung, eine Eisenbahn zu bauen und zu betreiben. Daneben sind es der Natur der Sache nach solche Rechte, die für die Gesellschaften als Privatpersonen von der grössten Bedeutung sind, nämlich vermögensrechtliche Bestimmungen, Garantieen des Konzessionsgebers, durch die er sich in einzelnen Punkten in seiner Gesetzgebung beschränkt. Er will sich binden, um nicht ohne triftigen Grund diese wahren Existenzbedingungen den Eisenbahngesellschaften wieder nehmen zu können. Namentlich zur Gründung einer Bahn müssen solche Zusagen gemacht werden, denn der Kapitalist wird sich hüten, sein Geld in die Unternehmung zu werfen, wenn die Hauptlebenselemente derselben von der freien Willkür des Staates abhängen. Die Botschaft des Bundesrathes zum Eisenbahngesetz (pag. 701) sagt dies deutlich: „Es wurde sorgfältig vermieden, den ökonomischen Interessen der Unternehmungen zu nahe zu treten. Die Schweiz bedarf für den Ausbau ihres Eisenbahnnetzes in hohem Masse des Kredites und dieser beansprucht vor Allem Achtung der erworbenen Rechte. Ein willkürliches Eingreifen in diese Verhältnisse würde nicht sowohl die bestehenden Unternehmungen berühren, sondern in viel höherem Grade die künftigen. Gerechtigkeit ist auch in dieser Beziehung die beste Politik."

Wir kommen somit zu dem wichtigsten Punkte unserer Untersuchungen des ersten Theils, nämlich dazu,

die Konsequenzen aus unseren Erörterungen zu ziehen. Wir erinnern uns, dass Rüttimann's Vertragstheorie zu dem Resultate führte, dass an den Konzessionen niemals etwas geändert werden dürfe ohne beidseitige Einwilligung, dass sogar das freie Gesetzgebungsrecht des Staates gehemmt sei, weil das Gesetz als Bestandtheil des Vertrages erscheine; zudem könne durch ein neues Gesetz ein konzessionsmässiges Recht nicht verletzt werden, weil Gesetze keine rückwirkende Kraft haben.

Die bundesräthliche Theorie behauptete, die Konzession sei jederzeit der Rücknahme und Veränderung unterworfen. Aus der Mittelmeinung kommt Endemann zu dem Resultate, dass die Konzession als Verwaltungsakt jederzeit widerruflich und veränderlich sei. Wo dagegen wirkliche Privatrechte verletzt seien, müsse für diese billigerweise Entschädigung geleistet werden.

Die Konzessionen, als Privilegien oder Spezialgesetze, die in den Formen des Gesetzes und von der gleichen Behörde erlassen werden, sind im Allgemeinen wie Gesetze zu behandeln[1]).

Ein Eisenbahngesetz unterliegt nun, wie jedes Gesetz, dem fortdauernden Gesetzgebungsrecht des Staates, also auch der beliebigen Aufhebung und Veränderung von Seiten der kompetenten Behörde. Dieses Recht des Staates kann kaum bezweifelt werden. „Die Gesetzgebung ist eine Macht im Staate, die ausserhalb des Rechtes steht. Sie ist ungebunden, und unbehindert, Rechte zu ändern, zu schmälern, aufzuheben; und wieweit sie dabei auf vorhandene Rechte der Bürger

[1]) Die Rechtsnatur der Konzession erleidet dadurch keine Veränderung, dass die Ertheilung der Konzession in gewissen Fällen an den Bundesrath delegirt werden kann.

Rücksicht zu nehmen habe, ist lediglich eine Frage der Gesetzgebungspolitik.“ (Sachs, in Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. XIX, 331.)

Das Gesetzgebungsrecht des Staates ist seinem Wesen nach unbeschränkt. Von einer Anfechtung eines formell richtig erlassenen Gesetzes wie von einer Entschädigung für verlorene Privatrechte kann nicht die Rede sein[1]). Einen gewissen Schutz gegen diese Unumschränktheit bietet der Grundsatz, dass Gesetze keine rückwirkende Kraft haben. Dies ist ausdrücklich anerkannt im französischen Code civil, Art. 2. La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif[2]). Zweck dieses auch in vielen Kantonsverfassungen aufgenommenen Grundsatzes ist der Schutz der erworbenen Rechte. Allein aus der Unumschränktheit der Gesetzgebungshoheit leitet sich wiederum das Recht ab, von dem Grundsatze Ausnahmen zu machen und in konkreten Fällen trotz der erworbenen Rechte einem Gesetze rückwirkende Kraft zu geben. Wir dürfen noch weiter gehen und behaupten, dass es Verhältnisse giebt, wo einem Gesetze diese rückwirkende Kraft ohne besondere Anordnung des Gesetzgebers zukommt. Es gibt Gesetze von allgemein zwingender Kraft, sie äussern ihre Wirkung unbedingt auf alles Bestehende, ohne Rücksicht, ob dadurch Privatrechte Einzelner verletzt werden oder nicht. Diese Kraft haben sie desshalb, weil sie ausser dem reinen Rechtsgebiet ihre Wurzel haben und mit sittlichen, politischen, volkswirthschaftlichen Gründen und Zwecken im Zusammenhange

---

[1]) Rönne, Preuss. Staatsrecht, Bd. I, Abschnitt II, pag. 59.

[2]) s. Rüttimann, a. a. O., pag. 67 ff. Bezecny, a. a. O., pag. 16.

stehen. Als Beispiele politischer und sittlicher Natur nennen wir die Aufhebung der Sklaverei, der Leibeigenschaft, der Feudallasten etc. und polizeilicher Natur sind die Bestimmungen zum Schutz von Eigenthum und Leben der Bürger [1]).

Die Eisenbahngesetze fallen in erster Linie unter diese Kategorie. In hohem Masse ist die Sicherheit von Personen und Eigenthum gefährdet und zwar nicht nur der bei dem Unternehmen unmittelbar Betheiligten, sondern auch Fernerstehender. Zudem verlangt das innerste Wesen der Eisenbahnunternehmungen eine stetige Fortentwicklung, ein fortwährendes inniges Anpassen an die schnell veränderlichen Verhältnisse des Verkehrs. Die Gesellschaften werden freilich in ihrem Interesse die nothwendigsten öffentlichen Anforderungen befriedigen; wo aber diese private Thätigkeit unterbleibt, ist es Pflicht des Staates, von seinem Gesetzgebungsrecht zum allgemeinen Wohle Gebrauch zu machen. Eine so schnell veränderliche Gesetzgebung, wie es die Eisenbahngesetzgebung sein muss, wenn sie ihren Zweck voll erfüllen soll, kann keine Rücksicht darauf nehmen, ob dadurch in bisher bestandene Privatrechte eingegriffen werde oder nicht.

Selbst in Nordamerika, wo die Eisenbahnkonzession sogar allgemein als ein Vertrag angesehen wird, dem gegenüber neue Gesetze keine rückwirkende Kraft haben, der überhaupt durch Gesetze nicht berührt wird, wird doch, soweit es Polizeigesetze betrifft, die absolute Gewalt der Gesetzgebung anerkannt, können sich also die Eisenbahnen nicht auf wohlerworbene Rechte berufen [2]).

[1]) Morel, a. a. O., pag. 80 ff.

[2]) Rüttimann, Nordamerikan. Bundes-Staatsrecht, Th. II, Abth. 2, pag. 133.

Im *englischen Recht* ist längst die Ueberzeugung durchgedrungen, dass die Akte des Parlaments keineswegs ewig dauern sollen, sondern jederzeit die Möglichkeit offenstehe, einzuschreiten, um die Billigkeit der einstigen Anordnungen auch für die heutigen Verhältnisse zu wahren. Neue Gesetze sollten stets allen älteren Bestimmungen derogiren. In den Eisenbahn-Konzessionen sollten namentlich die Festsetzungen der Tarife einer periodischen Revision (in 21 Jahren) unterliegen. Cohn [1]) tritt entschieden für die periodische Revision der Konzessionsbestimmungen ein, denn den erworbenen Rechten der Einzelnen, wie sie in den Konzessionen enthalten sind, treten eben so berechtigte erworbene Rechte des Staates (d. h. aller der andern Einzelnen, die hierbei vom Staat vertreten werden) gegenüber: wenn mit Rücksicht auf veränderte Umstände die erworbenen Rechte eines Theils geopfert werden können (z. B. durch Gestattung einer Tariferhöhung über das konzessionsmässige Maximum), so dürfen es unter gleichen Umständen auch die erworbenen Rechte des andern Theils.

Die Motivirung unserer schweiz. Eisenbahngesetzgebung erhellt namentlich deutlich die Bedeutung und den Zweck, den der Staat verfolgt, indem er dem Eisenbahngesetz rückwirkende Kraft beilegt. — Unter der Herrschaft des Eisenbahngesetzes von 1852 trat in der Schweiz eine allgemeine Zersplitterung ein, die Gesellschaften hatten anfänglich gar keinen Zusammenhang, so dass die grossen Vortheile des neuen Verkehrsmittels

---

[1]) Cohn, a. a. O., Bd. I, pag. 164. Bd. II, pag. 11 u. 12. Bd. III, pag. 120.

besonders für den Güterverkehr zunächst beinahe illusorisch wurden. Auf den Uebergangsstationen mussten sämmtliche Güter umgeladen werden; durchgehende Personen- und Gepäckscheine gab es nicht; jeder Kanton stellte seine Konzession nach eigenen Formen und Grundsätzen auf. Dem allgemeinen Rufe nach Vereinheitlichung konnte nur dadurch Folge geleistet werden, dass das Eisenbahnwesen dem Bunde unterstellt wurde. Mit dem entstandenen Wirrwarr musste aufgeräumt werden.

So wurde der dritte Abschnitt des neuen Gesetzes von 1872 betitelt: „Bestimmungen über Einheit des Baues und Betriebes der schweizerischen Eisenbahnen." Wenn diese Bestimmungen nur für die zukünftigen Konzessionen gelten sollen, nicht für die schon früher von den Kantonen ertheilten, so konnte ja ihr Zweck nicht erreicht werden. Doch um alle Zweifel zu heben, spricht das Gesetz selbst expressis verbis seine rückwirkende Kraft aus in Art. 6, Abs. 3: „Soweit durch gegenwärtiges Gesetz die staatshoheitlichen Rechte von den Kantonen an den Bund übergehen, sind die Bestimmungen desselben auch für die bisher von den Kantonen ertheilten Konzessionen massgebend."

Zusammengehalten mit Art. 41 der Uebergangsbestimmungen kann der Sinn dieses Artikels kein anderer sein als der: Dem Bunde gegenüber können sich die Gesellschaften nicht auf die kantonalen Konzessionen berufen, wenn letztere mit dem Gesetz in Widerspruch stehen. Damit ist ausdrücklich gesagt, dass das Gesetz auch auf ältere Konzessionen seine Anwendung finden müsse, somit rückwirkende Kraft habe [1] [2].

---

[1] Morel, a. a. O., pag. 80.

[2] Schon das preussische Gesetz vom 3. November 1838 hat die gleichen Grundsätze. Es lautet dort in § 48: Die Be-

Der gleiche Grundsatz findet sich ausgesprochen in der bundesräthlichen Botschaft [1]). Angenommen, das bisherige Gesetz hätte unterlassen, darüber . . . . . irgend eine Bestimmung aufzustellen, so wäre der Staat befugt, dies nachzuholen, sobald die allgemeinen Interessen oder die rechtliche Koexistenz der Eisenbahnen dies erheischen, und nicht minder ist er berechtigt, die bereits erlassenen Bestimmungen darüber zu ergänzen, wenn dieselben nicht genügen. Noch energischer machte der Bundesrath diese Ansicht geltend in dem Prozesse der Centralbahngesellschaft gegen den Bund [2]) (s. unten II. Theil, Absch. V.), indem er ausführte: Wenn übrigens auch für die Centralbahn durch die Konzessionen das wohl-

---

stimmungen dieses Gesetzes über die Verhältnisse der Eisenbahn-Gesellschaften zum Staate und zum Publikum sollen auch bei den Unternehmungen derjenigen Eisenbahn-Gesellschaften, deren Statuten bereits unsere Genehmigung erhalten haben, zur Anwendung kommen. § 49: Wir behalten uns vor, nach Maassgabe der weiteren Erfahrung und der sich daraus ergebenden Bedürfnisse, die in gegenwärtigem Gesetze gegebenen Bestimmungen durch allgemeine Anordnungen oder durch künftig zu ertheilende Konzessionen zu ergänzen und abzuändern und nach Umständen denselben auch andere ganz neue Bestimmungen hinzuzufügen. Sollten wir es für nothwendig erachten, auch den bereits konzessionirten oder in Gemässheit dieses Gesetzes zu konzessionirenden Gesellschaften die Beobachtung dieser Ergänzungen, Abänderungen oder neuen Bestimmungen aufzulegen, so sollen sie sich denselben gleichfalls unterwerfen. Sollte jedoch durch neue, in diesem Gesetz weder festgesetzte noch vorbehaltene und, sofern von künftig zu konzessionirenden Gesellschaften die Frage ist, später als die ihnen ertheilte Konzession erlassene Bestimmungen eine Beschränkung ihrer Einnahmen oder eine Vermehrung ihrer Ausgaben herbeigeführt werden, so ist ihnen eine angemessene Geldentschädigung dafür zu gewähren.

[1]) B.-Bl. 1871, Bd. III, pag. 823.

[2]) B.-G.-E., Bd. XI, pag. 226 ff.

erworbene Recht begründet worden wäre, nicht mehr als eine bestimmte Maximalzahl von Zügen zirkuliren zu lassen, so müssten doch die Bestimmungen der Konzessionen den Vorschriften der seitherigen Gesetzgebung, d. h. des Bundesgesetzes über Bau und Betrieb von Eisenbahnen vom 23. Dezember 1872 weichen; soweit letzteres mit seinen Anforderungen über den Rahmen der bisherigen Konzessionen hinausgehe, seien erstere eben beseitigt [1]).

Zu dem Schlusse gelangt, dass durch neue Gesetze die konzessionsmässigen Rechte aufgehoben werden können, drängt sich uns die weitere Frage auf, ob der Staat für eine solche Aufhebung wohlerworbener Privatrechte entschädigungspflichtig werde oder nicht. Die Frage wird verschieden gelöst. Für die Anhänger der Vertragstheorie giebt es eine solche einseitige Auflösung gar nicht. Der Bundesrath verwirft jede Entschädigung, giebt nur einen wirklichen Schadenersatz zu, d. h. Entschädigung für die Fälle, wo die Behörden nicht innert ihrer Kompetenz gehandelt haben [2]). In der Mittelmeinung sind die Ansichten verschieden.

Im Allgemeinen darf es als geltendes Recht bezeichnet werden, dass verletzte Privatrechte vom Verletzenden entschädigt werden müssen. Es frägt sich aber, ob eine Entschädigungspflicht bestehen bleibt, wenn der Staat sagt, dass das frühere Recht nicht mehr Recht

---

[1]) s. ferner Botschaft des Bundesrathes vom 24. Dez. 1855 (B.-Bl. 1856, Bd. I, pag. 7) von Dr. Furrer; Botschaft des Bundesrathes vom 27. Juni 1858, über Anschlussverhältnisse (B.-Bl. 1858, Bd. II, pag. 128 ff., Stämpfli); Bericht der nationalräthlichen Kommission vom 23. Juli 1858 B.-Bl. 1858, Bd. II, pag. 311, Hungerbühler).

[2]) s. oben pag. 25.

sei? ob nicht in diesem Falle das neue Recht unbekümmert um alle erworbenen Rechte Geltung finden müsse. Morel [1]) führt den Gedanken aus, eine Entschädigungspflicht des Staates könne nicht bestehen für Rechtsfolgen, welche an seine Gesetzgebung sich knüpfen, ausser da, wo das Gesetz selbst dies anerkenne. Dies liege ausser allem Zweifel, da wo es sich um Gesetze handelt, die im öffentlichen Interesse erlassen worden, wie z. B. wenn durch Gesetz vorgeschrieben wird, dass in einer gewissen Entfernung längs der öffentlichen Strasse kein Gebäude erstellt werden dürfe. Obgleich hiedurch ein Eingriff in bestehende Privatrechte stattfinde, denke Niemand daran, den Staat dafür entschädigungspflichtig zu erklären. — Von einer Entschädigungspflicht kann nur gesprochen werden, wo ein rechtlich zu vertretender Schaden entstanden.

Was im konkreten Fall Recht ist, hat Anspruch auf absolute Geltung und schliesst den Gedanken der Schädigung aus. Es kann der Einzelne durch eine Aenderung des formulierten Rechtes einen Vermögensnachtheil erleiden, er ist aber dadurch nicht im rechtlichen Sinne geschädigt worden, weil letzteres eine Rechtsverletzung voraussetzen würde, sein erlittener Vermögensnachtheil aber nur eine Folge des ihn treffenden Gesetzes, des Rechtes selbst ist.

Diese Ausführungen von Morel werfen ein helles Licht in die Entschädigungsfrage. Eine Entschädigungs*pflicht* muss nur anerkannt werden, wo ein Privatrecht wirklich *verletzt* worden ist, setzt also eine *rechtswidrige* Handlung voraus. Ein formell gültiges Gesetz

[1]) Morel, a. a. O., pag. 81.

ist aber nie eine rechtswidrige Handlung [1]). Es giebt nun aber gerechte und ungerechte Gesetze. Ueber diese Eigenschaften zu entscheiden ist Sache des Rechtsgefühls. Dem positiven Rechte gegenüber sind alle Gesetze gleichwerthig und geben keinen Rechtsanspruch auf Schadenersatz.

Dieses strenge theoretische Resultat, das jede Entschädigungspflicht verwirft, wo nicht eine culpa vorliegt, führt uns dazu, eine praktisch mehr befriedigende Lösung der Frage zu suchen. Wir haben eben gesagt, es gebe gerechte und ungerechte Gesetze. Gerechtigkeit ist der oberste, massgebende Gedanke des Gesetzgebers. Es wird also der Gesetzgeber in allen Fällen, wo er in wohlerworbene Rechte der Privaten empfindlich eingreift, wo an die Gesellschaften grössere als die konzessionsmässigen Anforderungen gestellt werden, untersuchen, ob ihnen diese Leistungen gerechterweise oder billigerweise allein zugemuthet werden dürfen oder ob er Entschädigung zusprechen müsse. Es handelt sich nicht um einen Schadenersatz im technischen Sinne, sondern um eine ökonomische Unterstützung, über welche dem Gesetzgeber allein die Entscheidung zukommt. Er hat also solche Fälle selbst im Gesetze ausdrücklich vorzusehen und ist verpflichtet, zur Wahrung daheriger Ansprüche der Berechtigten solches zu thun, wenn er der Aufgabe des Staates, die Rechte der Bürger auch auf dem privatrechtlichen Gebiete zu schützen, nachkommen will. „Thut

---

[1]) Es handelt sich hier auch nicht um eine obligatio ex lege, denn aus dem Erlass eines Gesetzes entspringen überhaupt keine Verpflichtungen für den Gesetzgeber und die obligatio ex lege ist erst das Sekundäre, das sich aus dem Inhalte des Gesetzes ergiebt.

er dies nicht [1]), so begeht er nicht allein ein schweres Unrecht, sondern verletzt das Rechtsbewusstsein des Volkes, untergräbt die öffentliche Moral, und trägt selbst dazu bei, dass die Bande der gesellschaftlichen Ordnung, die auf Gerechtigkeit und Sittlichkeit beruhen, sich lösen [2])."

Das schweizerische Eisenbahn-Gesetz von 1872 hat sich mit vollem Bewusstsein auf diesen Standpunkt gestellt, indem es in vielen Fällen eine solche „billige Entschädigung" an die Eisenbahn-Gesellschaften vorsah. Es sind dies die Artikel 14, 24, 33, theilweise auch 19, 21 und 25. Ob dieser Grundsatz in wirklich liberaler, oder aber in beschränkter Weise im Gesetze Aufnahme gefunden, kann uns hier weniger interessiren als die Thatsache, dass das Princip anerkannt ist. Der zweite Theil wird uns mit den erwähnten Entschädigungsfällen bekannt machen.

Als Resultat unserer Untersuchung ergiebt sich folgender Satz:

Definition wäre vielleicht besser: *Die Eisenbahn-Konzession ist ein hoheitlicher Akt. Die Mehrzahl der in ihr enthaltenen Bestimmungen unterliegen daher dem unbedingten freien Gesetzgebungsrecht des Staates, sind somit veränderlich. Dagegen enthält die Konzession auch Bestimmungen, die sich als reine Privatrechte charakterisiren. Soweit es sich um*

---

[1]) Morel, a. a. O., pag. 84.

[2]) Neben den positivrechtlichen Schranken einer Gesetzesänderung, welche dieselbe in die Schranken der Verfassung verweisen, giebt es auch sittlich-natürliche Schranken, die ein gerechter Staat nicht überschreiten darf, ohne die Rechtsordnung zu verlassen und sich dem Staatsabsolutismus zuzuwenden.

solche handelt, sind die Konzessionäre zu schützen. Von diesem letztern Gesichtspunkte aus fallen die Konzessionen unter den Begriff der Privilegien.

Dank dem energischen Auftreten des Bundesrathes hat das Eisenbahnwesen in der Schweiz trotz des unsicheren Rechtsbodens, auf dem man sich bewegte, bedeutende Fortschritte gemacht und sich möglichst auf der Höhe der technischen und Verkehrsfortschritte gehalten. Die Aufgabe des Bundesrathes würde sich erleichtern, wenn der Bund sich entschliessen würde, die Eisenbahnen zu monopolisiren oder zu verstaatlichen.

Zweiter Theil.

Casuistische Erörterung der mit den Eisenbahn-Konzessionen zusammenhängenden Fragen.

Es kann nicht genügen, *im Allgemeinen* eine grundsätzliche Formulirung der den Konzessionen innewohnenden Rechtsnatur ausfindig zu machen. Von hoher praktischer Bedeutung ist es, daran die Detailstudien zu knüpfen, welche der in Eisenbahngesetz und Konzessionen niedergelegten Rechte und Befugnisse öffentlicher und welche privatrechtlicher Natur sind. Hier wird es sich dann zeigen, ob der theoretische Ausgangspunkt richtig ist und im Einzelnen Stand halten kann.

Wir unterziehen folgende Detailfragen einer Studie:

I. Das Existenzrecht der Eisenbahnen, d. h. das Recht, als Privatgesellschaften vom Staate anerkannt und geschützt zu werden.

II. Die Bestimmungen über Einheit im Bau und Betrieb der Eisenbahnen.

III. Die Bestimmungen betreffend technischen und Betriebsanschluss.

IV. Die Pflicht zur Einführung von neuen fahrplanmässigen Zügen, speziell von Nachtzügen.

V. Die Auflagen im Interesse des internationalen Verkehrs.

VI. Die Garantieen für die Sicherheit von Personen und Eigenthum.

VII. Die Verpflichtungen gegenüber der eidgenössischen Post- und Telegraphenverwaltung.

VIII. Die Stellung zur eidgenössischen Militärverwaltung.

IX. Die Haftpflicht der Eisenbahnen.

X. Das Tarifwesen.

XI. Die Steuerverhältnisse der Eisenbahnen.

XII. Die prozessrechtlichen Fragen.

I.

Das Existenzrecht der Eisenbahnen.

Durch die Konzessionsertheilung erhalten die Konzessionäre das Recht auf Bau und Betrieb der Eisenbahnen während einer bestimmten Zeitdauer [1]). Es ist

[1]) Es ist in der Schweiz unbestritten, dass durch die Expropriation die Eisenbahn-Gesellschaften bleibendes Eigenthum an dem expropriirten Grund und Boden erhalten (vergl. Meili, Das Recht der modernen Verkehrs- und Transportanstalten, S. 40), dass sie also auch nach Ablauf der Konzession beliebig darüber verfügen können. Wir kennen nicht ein staatliches Heimfallsrecht, wie es einzelne Länder in Gesetzen und Konzessionen fixirt haben, wonach nach Ablauf der Konzessionsdauer das Eigenthum ohne weiteres dem Staate zufällt. Bezecny (a. a. O.) suchte in seiner Schrift nachzuweisen, dass die Konzession der k. k. ausschliessend privilegirten Kaiser Ferdinands Nordbahn von diesem auch in Oesterreich geltenden Grundsatze eine Ausnahme mache, indem hier in rechtsverbindlicher Weise das Heimfallsrecht ausgeschlossen sei.

das grundlegende Recht für das ganze Unternehmen. Der Kapitalist kann das grosse Risiko übernehmen, sein Geld in die Unternehmung zu werfen, weil er weiss, dass während der Konzessionsdauer ein unentziehbares Existenzrecht der Bahn besteht, ein wohlerworbenes Recht, dieses Gewerbe betreiben zu dürfen. Zutreffend hat man es das eigentliche Statusrecht der Eisenbahnen genannt [1]) und so dessen Unentziehbarkeit am besten charakterisirt. Eine Ausnahme von diesem Prinzip zu fixiren, ist nur dem Gesetze gestattet, welches das Prinzip aufgestellt hat. Wie durch polizeiliche Gesetze das Recht des einzelnen Menschen auf persönliche Freiheit Ausnahmen gestatten musste, so konnte auch das Eisenbahngesetz Fälle aufstellen, wo die Eisenbahngesellschaft ihr Existenzrecht verwirkt hat. Das Eisenbahngesetz von 1872 Art. 28 setzt voraus, dass die betreffende Gesellschaft „die Verpflichtungen, welche ihr laut der Konzession und der gesetzlichen Bestimmungen über den Bau und Betrieb von Eisenbahnen obliegen, nicht erfüllt". Zudem bedarf es einer Aufforderung des Bundesrathes, das Versäumte nachzuholen, sogar einer zweiten Fristansetzung durch die Bundesversammlung und schliesslich eines Beschlusses dieser letzteren.

Der Art. 28 scheint klar zu zeigen, dass zur Entziehung der Konzession wirklich eine Verletzung der konzessionsmässigen Pflichten und Renitenz gegenüber der Bundesversammlung vorliegen muss, und somit die Entziehung als polizeiliche Massregel zu betrachten ist, durch welche trotz der Gewährleistung der Gewerbefreiheit auch einem Privatmanne ein Gewerbebetrieb

[1]) Meili, Das Recht der modernen Verkehrs- und Transportanstalten, S. 23.

untersagt werden kann. Aus andern Gründen erscheint eine Konzessionsentziehung unstatthaft. Namentlich erscheint die Idee *absurd,* dass der Bund, um die Rückkaufsbestimmungen zu umgehen, die Bahnen expropriiren könne.

Abgesehen davon, dass es fraglich ist, ob Art. 23 der Bundesverfassung hier anwendbar ist, d. h. ob es sich um die *Errichtung* eines öffentlichen Werkes handelt, wäre doch eine an und für sich erlaubte Expropriation desshalb unstatthaft, weil der Bund in deutlichster Weise gerade auf die Ausübung dieses Rechtes verzichtet hat. Er selbst setzt nämlich die Bedingungen auf, unter welchen eine Bahn in andere Hände übergehen darf, unter welchen also auch er sie erwerben kann. Es sind dies einerseits die Versteigerung in dem erwähnten Falle der Verwirkung, und anderseits der in der Konzession vorgesehene Rückkauf. Nur so weit es sich um einen konzessionsmässigen Rückkauf handelt, können die Gesellschaften zu Unterhandlungen gezwungen werden.

Daneben bleibt es ihnen natürlich unbenommen, freiwillig im Wege der Vereinbarung, durch Vertrag ihre Rechte abzutreten. Wir müssen also die *Expropriation der Eisenbahnen durch den Bund als unstatthaft erklären,*[1]) denn sie wäre eine direkte Verletzung des Eisenbahngesetzes[2]).

[1]) Vergl. auch Meili, a. a. O., S. 23.

[2]) Man wendet dagegen ein, dass ein Staat im Nothfalle doch ohne Zweifel expropriiren dürfe. Allerdings giebt es ja ein Staatsnothrecht, ein ius eminens, einen Rechtszustand, wo dem Staate *Alles* erlaubt ist. Verfassungs- und Gesetzesgarantieen werden verletzt. Allein dies ist nur eine Ausnahmemaassregel. Immer sollte die Gewalt, welche das Staatsnothrecht anwendet, darauf tendiren, möglichst bald wieder normale Zustände herbeizuführen.

Wie weit soll sich nun dieses Recht auf Existenz erstrecken? Ist es ein ausschliessendes Recht? d. h. kann auf Grund dieses Rechtes die Konzessionirung von Konkurrenzbahnen angefochten werden? Es kann geltend gemacht werden, einerseits, dass der Bund keinerlei Garantie übernimmt für die Rentabilität einer Bahn, dass er einfach den formellen Akt der nachgesuchten Konzessionirung vornimmt; anderseits können aber auch konzessionirte Gesellschaften verlangen, dass sie in ihrem Rechte, die betreffende Landesgegend mit einer Bahn zu bedienen, geschützt werden.

Nach unserer Ansicht kann die Frage einzig durch die Eisenbahn-Politik gelöst werden. Die Ertheilung einer Konzession an eine Gesellschaft schliesst rechtlich durchaus nicht aus, dass für die gleiche Strecke eine zweite Konzession ertheilt wird, ja es ist sogar durch Art. 6, Abs. 1 des Eisenbahngesetzes ausdrücklich untersagt, Ausschlussrechte gegen künftig zu errichtende Bahnen einzuräumen.

Es ist im Allgemeinen der Grundsatz der vollständigen Baufreiheit anerkannt. — Die Praxis der Bundesbehörden hat von jeher diese Bestimmungen sehr eng ausgelegt und eine Konkurrenzlinie als ungenügenden Grund für die Verweigerung einer Konzession erklärt [1]). Die Ansicht des Bundesrathes ist besonders deutlich zu erkennen aus der Botschaft anlässlich der erstmaligen Konzessionirung der Nationalbahnlinie Winterthur-Kloten-Baden-Lenzburg-Zofingen (B.-Bl. 1878, III 263). Er habe die Ueberzeugung, dass auf Grund des gegenwärtigen Gesetzes und der Berathungen, deren

---

[1]) B.-Bl. 1873, Bd. III, pag. 780, 814; 1875, I, 458 (Bern-Neuenburg); 1876, I, 630 (Winterthur-Zofingen); 1883, III, 255 f.

Resultat dasselbe war, eine bereits bestehende Konzession kein Grund sei, um ein dieselbe Linie betreffendes zweites Konzessionsbegehren abzuweisen.

Dieser streng gesetzlichen Theorie tritt eine andere gegenüber, welche auf volkswirthschaftliche Gründe gestützt die Zulassung von Konkurrenzbahnen unbedingt verwirft, weil die schrankenlose Konkurrenz allerdings das Eisenbahnwesen in ungeheurer Weise zu entfalten vermag, dagegen auch zahlreiche Gesellschaften und ganze Landesgegenden dem Ruin zuführen kann.

Ueber den Werth der Konkurrenztheorie können wir hier nicht reden, sie hat gewiss wie alle Dinge ihre Licht- und Schattenseiten. Für uns ist es aber von Bedeutung, zu wissen, welche Stellung der Bundesrath bezw. die Bundesversammlung zu der Frage einnimmt, weil davon die Verweigerung der Gestattung von Konzessionen abhängen kann, denn die Gesetzesbestimmungen geben darüber keine Klarheit.

Nach unserer Ansicht ist es Pflicht des Bundesrathes, mindestens eine leichtsinnige Konkurrenz zu unterdrücken, denn der finanzielle Rückgang einer Gesellschaft macht sich sofort fühlbar durch schlechtere Bedienung des Verkehrs.

Ueber das Recht der Bundesversammlung, eine Konzessionsertheilung zu verweigern, haben wir wenig gesetzliche Bestimmungen. Art. 3 des Eisenbahn-Gesetzes sagt: „Der Bund wird im Allgemeinen die Eisenbahn-Verbindungen zu entwickeln und zu vermehren suchen, insbesondere den Bestrebungen, im Osten, Zentrum und Westen der schweizerischen Alpen die Verkehrsverbindungen der Schweiz mit Italien und dem mittelländischen Meere zu verbessern, möglichste Förderung angedeihen und dabei namentlich keine Ausschlussbestimmungen

gegenüber der einen oder andern dieser Bestrebungen eintreten lassen.

Die Bundesversammlung kann die Konzessionirung einer Eisenbahn verweigern, welche die militärischen Interessen der Eidgenossenschaft verletzt. (S. Art. 23, Abs. 3 der Bundesverfassung.)

Die Praxis der Bundesbehörden hat dies so ausgelegt, dass nur in den Fällen, wo militärische Interessen verletzt seien, die Konzession verweigert werden dürfe und diese Auslegung ist immer strikte eingehalten worden. Schon die bundesräthliche Botschaft [1] [2] betrachtet den Abs. 2 des Art. 3 als eine Ausnahme und zwar als einzige Ausnahme von dem im ersten Absatz aufgestellten Prinzip der Baufreiheit. Derselbe Gedanke findet sich in den Geschäftsberichten des Bundesrathes. (B.-Bl. 1873, III, 121, 198 [3]).

Der Bundesrath betrachtet demnach die Konzessionsertheilung als einen reinen formellen Akt, den die Bundesversammlung nicht versagen darf, sobald die formellen Bedingungen erfüllt sind; er beschäftigt sich nicht mit der Untersuchung, ob eine Bahn der betreffenden Landesgegend wirklich Nutzen bringe. Die Folgen einer solchen Politik zeigten sich bald genug in einer wahren Ueberschwemmung von unrentablen Konkurrenzlinien, woraus andere Kalamitäten nothwendig entstehen mussten.

Der Bundesrath suchte damals die Schuld von sich abzuwälzen und sagte, es sei glücklicherweise nicht seines Amtes, die Verumständungen und Motive zu un-

[1] B.-Bl. 1871, II, 663.

[2] s. Hürlimann, a. a. O., pag. 3 (Anm. 5 zu Art. 3).

[3] s. ferner Beispiele B.-Bl. 1873, III, 780, 813; 1878, I, 273; 1879, II, 939.

tersuchen, welche die Gesellschaft der . . . . dazu geführt haben, diese Konzessionen und mit denselben so weit gehende, ihre dermaligen Kräfte übersteigende Verpflichtungen zu übernehmen (B.-Bl. 1878, I 273, Fristverlängerung für einige Nordostbahn-Strecken, heutige Moratoriumslinien). Der Bundesrath giebt zu, dass solche Zustände zu einer wahren Landeskalamität angewachsen seien und in empfindlicher Weise auf einem guten Theil unserer Bevölkerung lasten. Zur Sanirung dieser Verhältnisse verlangt er eine Revision des Eisenbahngesetzes, wonach die Konzessionirung jeder nicht nach allen Richtungen hin gerechtfertigten und finanziell vollkommen gesicherten Unternehmung verweigert werden dürfe.

Wir halten diese bundesräthliche strikte Interpretirung des Art. 3 für unrichtig, denn erstens sagt der Wortlaut des Gesetzes nicht, dass der in Abs. 2 erwähnte Fall der einzige mögliche sei, zweitens erscheint es als moralische Pflicht des Staates, den Konzessionär, dem er die Besorgung des öffentlichen Verkehrs überlassen, mit seinem Schutze zu unterstützen und drittens ist es volkswirthschaftlich nicht gerechtfertigt, unrentable Linien entstehen zu lassen.

Nach unserer Ansicht kann das Gesetz richtig nur so interpretirt werden, dass eine oberste Landesbehörde, die über das öffentliche Wohl wachen soll, *das Recht und die Pflicht hat, eine Konzession zu verweigern,* wenn es offensichtlich ist, dass die Unternehmung entweder blos eine unsichere Geldspekulation ist oder sonst der erwachsende Nutzen nicht die Verwendung der nöthigen Kapitalien rechtfertigt [1]).

[1]) Vergl. auch Meili, a. a. O., S. 16.

II.

Bestimmungen über Einheit im Bau und Betrieb der Eisenbahnen.

Die einheitliche Gestaltung von Bau und Betrieb der Eisenbahnen ist das erste Ziel, das sich der Bund vorstecken musste nach Erlangung der Eisenbahn-Souveränität. Sie verleiht den Eisenbahnen diejenigen Eigenschaften, die sie zu einem unentbehrlichen Transportmittel machten, nämlich Schnelligkeit und Billigkeit des Transportes. Solche Vortheile werden zum grossen Theile illusorisch, wenn jede Gesellschaft auf eigene Faust bauen, Betriebsmaterial beschaffen und betreiben kann [1]), denn in diesem Falle wird einzig der ökonomische Gewinn für die einzelne Gesellschaft massgebend sein und jedes gemeinsame Arbeiten, mit dem sich so grosse Erfolge erzielen lassen, wird unmöglich.

Es ist einleuchtend, dass es auch im eigenen Vortheil des Unternehmens liegt, wenn er mit den Fortschritten der Technik, der Kultur, des Verkehrs und selbst des menschlichen Comfort einig geht und stets bestrebt ist, das Publikum in guter, wenn wir nicht sagen wollen in bester Weise zu bedienen.

Das Eisenbahngesetz von 1872 bereitete die Einheitsbestrebungen vor. Der dritte Abschnitt ist betitelt: „Bestimmungen über Einheit des Baues und Betriebes des schweizerischen Bahnnetzes." Zuerst ist in Art. 29, Abs. 1 dem Bunde vorbehalten, diejenigen Bestimmungen aufzustellen, welche nothwendig sind, um in technischer Beziehung, die Einheit im schweiz. Eisenbahn-

[1]) Meili, internationale Eisenbahn-Verträge, Hamburg 1887, pag. 29.

wesen zu sichern. Art. 30 schreibt die Gestattung des technischen und Betriebsanschlusses vor, Art. 31, die einheitliche Verwaltung u. s. w. Art. 14, Abs. 1 u. 2 ermöglichen auch die Einwirkung auf den Bau, indem genaue Pläne vorgelegt werden müssen [1]).

Die Ausführung dieser Vorschriften im Einzelnen ist schon oft auf Schwierigkeiten bei den Gesellschaften gestossen, indem diese unter der Behauptung, dass ihr bisheriges Material nach der bestehenden Konzession genügend sei, sich zu keinen Verbesserungen verpflichten lassen wollten.

In erster Linie verlangt das Gesetz, dass Bedacht genommen werde auf Einführung eines gleichartigen (des amerikanischen) Wagensystems für die Personalbeförderung. Der Bundesrath motivirt dies damit (Bundesblatt 1871, II, 679), dass die amerikanischen Wagen dem Publikum viel mehr Annehmlichkeit gewähren, indem sie Luft und Licht zulassen etc., ausserdem leisten sie im Kriegsfalle sehr gute Dienste für den Kranken- und Verwundetentransport etc.

In der Westschweiz wurden meistens Wagen nach dem englischen (Coupé-) System verwendet, gemäss den von den Kantonen gegebenen Konzessionen und darum sträubte man sich dort lange gegen die Einführung des neuen Systems. Die Entscheidung des Streites scheint uns an Hand des klaren Gesetzestextes leicht zu sein. Dieser deutet offenbar darauf hin, dass nicht in schroffer Weise die Einführung amerikanischer Wagen befohlen werden dürfe, sondern dass ein allmäliger, wenig empfindlicher Uebergang zum neuen System be-

---

[1]) B.-Bl. 1871, III, 821 ff., 871 ff.: 1858, II, 128 ff., Hürlimann, a. a. O., pag. 19 ff.

werkstelligt werden solle. Diesen Weg hat auch der Bundesrath eingeschlagen: er hat in gerechter und billiger Weise sich zufrieden gegeben mit einer Erklärung der Eisenbahn-Gesellschaften, keine Coupéwagen mehr kaufen zu wollen, so dass man also annehmen durfte, dass in einem Zeitraum von 20 Jahren alle unzulässigen Wagen naturgemäss ausrangirt seien [1]).

Heute werden diese Verhältnisse wieder in jedem einzelnen Falle in der Konzession geordnet, indem zahlreiche Ausnahmen von der allgemeinen Regel bewilligt werden müssen für Nachtzüge, Lokalbahnen, Bahnen im Hochgebirge etc.

Im weiteren stellt Art. 29 Vorschriften auf betreffend gehörige Beleuchtung der Wagen zur Nachtzeit. Beheizung im Winter, Anbringung von Vorrichtungen gegen den Zutritt von Sonnenstrahlen und andere nützliche Einrichtungen. Diese Vorschriften entspringen alle dem berechtigten Interesse des reisenden Publikums, das ohne Wahl auf die Benutzung dieses Transportmittels und damit auf die von der Gesellschaft gegebenen Bequemlichkeiten angewiesen ist.

Die Anforderungen, welche aus diesen Gründen an die Bahnverwaltungen gestellt werden, werden sich fortwährend steigern; die Ansichten darüber, was der Mensch zum angenehmen Reisen oder sogar als nothwendige Beigabe bedürfe, werden sich verändern und so wird eine immer grössere Rücksicht auf die Bequemlichkeit der Reisenden verlangt [2]).

---

[1]) Hürlimann, a. a. O., Anmerkung 3 zu Art. 29; B.-Bl. 1879, II, 410.

[2]) z. B. die Einführung der Nichtrauchercoupés (B.-Bl. 1877, II, 216, Transp.-Regl. § 24), die anfänglich nur spärlich gewährt wurden, jetzt durch den Bundesrath festgesetzt sind und zwar

An und für sich besteht ein freies Selbstbestimmungsrecht der Konzessionäre innerhalb der Grenzen von Gesetz und Konzession. Allein die natürliche Freiheit der Gesellschaften musste aus den mehrfach erwähnten Gründen, namentlich wegen des faktischen Transportmonopoles, beschränkt werden: es wurde die Gesetzgebung über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen zur Bundessache erklärt (Art. 26 B.-V.). In der Ausübung dieses Rechtes ist der Bund unbeschränkt und er behält diese Unbeschränktheit bei, wo er nicht durch gesetzliche, vertragliche oder konzessionsmässige Bestimmungen sich darin beschränkt.

Die gesetzlichen Bestimungen nun, Art. 29, 30, 31 ff. sind sehr allgemein gehalten, sie überlassen es dem Bundesrath, die geeigneten Mittel zum angestrebten Zwecke, der Einheit, zu finden. Durch Gesetze, Bundesbeschüsse oder Bundesrathsbeschlüsse werden die Details geordnet. Ueber die juristische Natur dieser Erlasse können also keine Zweifel bestehen, ebensowenig darüber, dass sie nur beschränkte Gültigkeitsdauer haben können, d. h. dass sie sich den jeweiligen Verkehrsbedürfnissen anschmiegen müssen und daher einer zeitweiligen Revision bedürfen.

Daneben existiren die Eisenbahn-Konzessionen. Sie haben sich in allen Beziehungen nach den Gesetzen zu richten. Wo davon eine Ausnahme gemacht ist, kann es nur eine bewusste Exekution von dem Gesetze, eine besondere Rechtsstellung oder Privileg sein.

Nehmen wir das Beispiel des Wagensystems. Früher

---

für alle Bahnen und Wagenklassen gleichmässig in der Proportion von $^1/_3$ aller Sitzplätze (B.-Bl. 1881, II, 431; 1882, II, 453). Wünschenswerth wäre auch eine grössere Berücksichtigung sanitarischer Verhältnisse.

hat es keine Gesetzesbestimmung gegeben, welche ein bestimmtes System vorschrieb, es war vielmehr freigestellt oder in jeder einzelnen Konzession festgesetzt. Eine solche Festsetzung war eine gewöhnliche Administrative Anordnung, keineswegs darauf gerichtet, die Gesellschaft immer in der Anwendung dieses Systems zu schützen. Dieser Charakter veränderte sich vollständig mit dem Momente, wo ein Eisenbahngesetz allgemein verbindlich erklärte, dass nur amerikanische Wagen gebraucht werden dürfen. Wenn jetzt, von diesem Momente an eine Konzession erklärte, dass ein anderes System angewendet werden dürfe, so war dies expressis verbis eine Ausnahme von Gesetz, ein Privileg, und hatte als solches Anspruch auf privatrechtlichen Schutz.

Theoretisch entscheidet sich die Frage wie das gegebene Beispiel. Der Staat hat ein verfassungsmässiges Recht, seine Eisenbahn-Gesetzgebung innerhalb den verfassungsmässigen Schranken beliebig zu gestalten; keine Eisenbahn-Gesellschaft kann verlangen, dass dies in der einen oder andern bestimmten Weise geschehe. Auch wenn eine Gesellschaft auf diese Gesetzgebung gestützt ihren Betrieb organisirt, entsteht ihr noch kein Privatrecht darauf, dass sie ihn immer in *dieser* Weise fortsetzen dürfe, sondern sie hat sich jeweilen nach der in diesem Falle sehr veränderlichen Gesetzgebung zu richten. Nur wenn eine Konzession ausdrücklich eine Ausnahme von dem Gesetz fixirt, so erkennen wir darin ein Privileg, ein wohlerworbenes Recht des Konzessionärs, das wie jedes Privatrecht Schutz verdient. Von solchen Rechten können wir aber in diesem Abschnitte nicht reden, denn der Gesetzgeber stellt im Eisenbahngesetz von 1872 als dem Grundgesetz nur allgemein das zu erreichende Ziel auf, nämlich die Einheit im Bau und

Betrieb. Die niedergelegten Gedanken sollen ihre Präzisirung in den Ausführungsgesetzen finden. Und wo ein Ausführungsgesetz nicht erforderlich ist, steht es der administrativen Gewalt zu, die geeigneten Mittel zur Erreichung des Zieles anzuwenden. Von der administrativen Gewalt dürfen wir nun allerdings verlangen, dass sie von ihrer Befugniss einen weisen und massvollen Gebrauch mache.

III.

Die Bestimmungen betreffend technischen und Betriebsanschluss.

Das Gebiet des technischen und Betriebsanschlusses hat schon im Eisenbahn-Gesetz von 1852 berechtigte Würdigung gefunden; es lautete damals in Art. 12 und 13: „Der Bund wird diejenigen Bestimmungen aufstellen, welche nothwendig sind, um in technischer Beziehung die Einheit des schweizerischen Eisenbahnwesens zu sichern. Jede Eisenbahn-Verwaltung ist verpflichtet, den Anschluss anderer Eisenbahn-Unternehmungen an die ihrige in schicklicher Weise zu gestalten, ohne dass die Tarifsätze zu Ungunsten der einmündenden Bahnlinie ungleich gehalten werden dürfen."

Bald nach Erlass des Gesetzes riefen diese Artikel heftige Kontroversen zwischen den Eisenbahn-Gesellschaften hervor. Es wollten nämlich einige Gesellschaften den technischen Anschluss nur in Bezug auf die Legung des Schienengeleises gestatten, dagegen nicht für den Uebergang von Personen- und Güter-

wagen, vielmehr musste an den Uebergangsstationen stets ein allgemeines Umsteigen und Umladen erfolgen, was immer nicht nur mit Zeitverlust, sondern auch mit grossen Gebühren verbunden war. So wurden auch Personenbillets und Güterscheine blos für die Strecke der betreffenden Bahngesellschaft ausgegeben.

Die Uebelstände solcher Engherzigkeit mussten bald genug nicht nur dem Bundesrathe und dem reisenden Publikum, sondern auch den Eisenbahn-Verwaltungen selbst in die Augen springen. Der Bundesrath, in dieser Beziehung durch die Gesetzgebung mit genügenden Kompetenzen versehen [1]), erfüllte seine Mission als Wahrer der öffentlichen Interessen zunächst durch Erlass einer Verordnung vom 11. August 1858; darin verlangte er durchgehende Güterwagen und Postbureaux und direkte Personen- und Waaren-Expeditionsscheine, ferner möglichste Uebereinstimmung in den Fahrtenplänen.

Unsere heutige Gesetzgebung hat als Art. 30, Abs. 1 folgende Fassung angenommen:

„Jede Eisenbahn-Verwaltung ist verpflichtet, den technischen und Betriebsanschluss anderer schweizerischer Eisenbahn-Unternehmungen an die ihrige ohne Zuschlagstaxe oder Reexpeditionsgebühr und ohne Erschwerung des durchgehenden Verkehrs in schicklicher Weise zu gestatten."

Es handelte sich hier in erster Linie um die Pflicht, anderen Gesellschaften die Mitbenutzung eines Bahnhofes einzuräumen.

Man hat dies früher nicht für so selbstverständlich gehalten wie heute, und es sind namentlich wegen des

---

[1]) B.-Bl. 1871, III, 823.

Bahnhofes in Winterthur verschiedene Kontroversen entstanden. Der Streit wurde beigelegt in Anerkennung des Theilnahmsrechtes der einmündenden Bahnen und es wurde lediglich den Bahnhof-Besitzern entgegengekommen durch die Bestimmung, dass Guthaben, die als Entschädigung für diese Mitbenutzung entstanden, im Liquidationsverfahren dem Berechtigten eine bevorzugte Stellung gewähren. (B.-Bl. 1876, II, 534; 1874, I, 791; 1880, II, 333; Bund.-Ges. 2. Juli 1880.)

An den Art. 30 schliesst sich eng an der Art. 33 über die Fahrtenpläne. Auch sein Zweck ist, den Betriebsanschluss zu verbessern; da aber hier namentlich die Frage der Einschaltung von neuen Zügen in Betracht kommt, wollen wir sie an besonderer Stelle behandeln.

Auch bei den Anschlussverhältnissen können wir nicht von Privatrechten der Gesellschaft reden, *es handelt sich vielmehr lediglich um ein seiner Natur nach oft veränderliches, von den jeweiligen Verkehrsbedürfnissen abhängiges Verordnungsrecht des Bundes.* Keine Bahnverwaltung hat ein Recht darauf, dass diese Verordnungen zu ihren Gunsten stehen bleiben, denn ein solches Recht würde dem ganzen Zweck des Gesetzes widersprechen. Das Gesetz hat nur den *Grundsatz* aufgestellt, der beim Eisenbahn-Betrieb massgebend sein soll, das ist: überall den technischen und Betriebsanschluss herzustellen. Es bleibt nun den Gesellschaften in erster Linie überlassen, die geeigneten Mittel dazu zu finden und nur wenn es ihnen nicht gelingt oder wenn sie ihre Pflicht vernachlässigen, tritt der Bundesrath als administrative Behörde ein. Gegen seine Anordnungen giebt es kein Klagerecht, sondern nur eine Beschwerde. Sollte die Gesellschaft zu ausser-

ordentlichen Verwendungen gezwungen werden, so kann sie dafür nicht Entschädigung im eigentlichen Sinne, sondern nur eine finanzielle Unterstützung verlangen.

Allein auch diese wird ihr verweigert werden müssen, denn der Gesetzgeber hat es nicht für den einzelnen Fall den Verwaltungsbehörden überlassen, eine Entschädigung (im letztern Sinn) zu gewähren, sondern er hat selbst im Gesetz die Fälle bezeichnet. Für Verwendungen zur Erzielung des Anschlusses hat er eine solche Entschädigung nicht ausgesetzt, weil er fand, dass einerseits dadurch die Eisenbahn-Verwaltungen nicht unbillig belastet werden, anderseits diese von grundlegender Bedeutung für einen nutzbringenden Eisenbahn-Betrieb seien. Die Eisenbahn-Verwaltungen haben also *auch auf Entschädigung keinen Anspruch.*

IV.

Die Pflicht zur Einführung von neuen fahrplanmässigen Zügen, speciell von Nachtzügen.

Die mehrerwähnte, vornehmste Bedeutung der Eisenbahnen, Schnelligkeit und Billigkeit, hängt innigst zusammen mit der Gestaltung der Fahrtenpläne. Längere Aufenthalte an den Uebergangsstationen sind immer der unangenehmste Hemmschuh der Reisenden, weil sich auf grosse Entfernungen die Zeitverluste immer vervielfachen und dadurch indirekt auch das Reisen vertheuert wird.

Indessen ist das Aufstellen ineinandergreifender Fahrtenpläne zugleich eine sehr schwierige Arbeit, vor-

ausgesetzt, dass lokale und allgemeine Interessen in gleicher Weise befriedigt werden sollen. — Es ist einleuchtend, dass diese Interessen immer auseinander gehen werden. — Einerseits verlangt man, dass selbst für die kleinsten Ortschaften Stationen errichtet werden und dass jeder Zug an jeder Station anhalte. Dies begehren die Landbezirke oder einzelne Ortschaften, weil sie ihre Boden- und Industrie-Erzeugnisse in die nahe Stadt liefern; von allen Seiten und allen Entfernungen besuchen sie zahlreich die städtischen Märkte, um auch umgekehrt einen Theil ihrer Lebensbedürfnisse aus der Stadt zu beziehen. Dies sind die Interessen des Kleinhandels. Anderseits kommt aus den Städten der Ruf nach durchgehenden Schnellzügen, denn hier überwiegen die Interessen der Grosshändler, welche ihre Waaren direkt von den grossen Produktions- und Zwischenhandelsplätzen beziehen, denen eine schnelle Beförderung der Waare auch grosse Preisdifferenzen verursachen kann. Sie müssen eine möglichst kurze persönliche und Nachrichtenverbindung mit den andern Handelsplätzen erstreben.

Daneben ist es die Postverwaltung, die in Vertretung des gesammten Verkehrs eine fortwährende Steigerung der Schnelligkeit des Nachrichtentransportes verlangt.

Welche der bezeichneten Interessen im einzelnen Fall die vorwiegenden seien, ist schwer zu beurtheilen, jedenfalls werden auch die Eisenbahn-Verwaltungen häufig ein Opfer bringen müssen und darum muss der Entscheid vornehmlich in freundlichem Entgegenkommen von Bund, Kantonen und Gesellschaften gefunden werden. Die allgemeinen Interessen hat der Bund, die lokalen der Kanton zu vertreten.

Das Eisenbahngesetz von 1872 hat das *Fahrplanwesen* geordnet in Art. 33 ff. Der erste Absatz von Art. 33 ist zur Vollziehung gelangt durch eine „Verordnung betreffend Vorlage, Prüfung und Genehmigung der Eisenbahn-Fahrtenpläne“ vom 6. Januar 1879. (E. A. S. V. 137; bei Hürlimann pag. 269 ff.)

Das blosse Genehmigungsrecht erfüllt den beabsichtigten Zweck nicht vollständig, es soll der Bundesrath auch jede Nichtbeachtung der Vorschriften strafen. Art. 34 enthält darum Strafbestimmungen, wonach verschuldete Verspätungen mit Bussen belegt werden können. in Wiederholungsfällen bis zu 1000 Fr.

Art. 33. Eisenbahn-Gesetz, dieser beständige Zankapfel zwischen Bund und Eisenbahn-Verwaltungen, bestimmt in Abs. 2 ff.:

„Die Eisenbahnen-Verwaltungen sind verpflichtet, die für den durchgehenden Verkehr und zur Herstellung ineinandergreifender Fahrtenpläne nöthigen Personenzüge mit entsprechender Fahrgeschwindigkeit einzuführen, auch direkte Expeditionen im Personen- und Güterverkehr unter Gestattung des Uebergangs der Güter- und Viehwagen von einer Bahn auf die andere gegen die übliche Vergütung einzurichten.

„Ueber alle diesfälligen Anstände entscheidet der Bundesrath.

„Wenn im Interesse des durchgehenden Verkehrs besondere Leistungen einer Bahnverwaltung nothwendig werden, welche ihr billigerweise nicht allein zugemuthet werden dürfen, so kann im Falle der Nichtverständigung der Entscheid des Bundesgerichtes über die Frage der zu leistenden Entschädigung angerufen werden. Das Bundesgericht entscheidet in solchen Fällen, ob und in

welchem Masse Dritte an die bezüglichen Mehrausgaben beizutragen haben."

Dieser Artikel rechtfertigt sich vollständig nach unseren Erörterungen im ersten Theil. Der Bundesrath soll vollkommene Freiheit haben in seinen Verfügungen, selbst wenn diese den bestehenden Konzessionen widersprechen. Nur über die Entschädigungsfrage kann man sich streiten.

So klar der Artikel scheint, so verschieden ist er ausgelegt worden. Die Eisenbahn-Gesellschaften wollten diese Machtstellung des Bundesrathes nicht so leicht hinnehmen und versuchten in vielen Fällen auf dem Prozesswege dieselbe anzufechten. Leider liegt trotzdem kein einziger Entscheid des Bundesgerichtes vor, der als Präjudiz dienen könnte, denn immer ist noch im letzten Momente eine Verständigung eingetreten oder die Klage zurückgenommen worden oder endlich konnte sich, wie im Falle der Centralbahn (s. unten pag. 89 ff.) das Bundesgericht auf eine besondere Vertragspflicht stützen.

Es trägt zum Verständniss der Frage wesentlich bei, an einem praktischen Falle den Rechtsstandpunkt klarzulegen.

Wir nehmen den ersten bedeutenden Prozess dieser Art; er wurde geführt von der Gesellschaft der *Suisse Occidentale gegen den Bund* wegen eines vierten Zuges, den der Bund für die Linie des Broyethales verlangte. Diesem Prozesse verdanken die drei Rechtsgutachten von Carrard, Heusler und Hilty ihre Entstehung, sie wurden auf Veranlassung der Konferenz schweizerischer Bahnverwaltungen geschrieben und sollten das Begehren der S. O. unterstützen.

Am 18. Januar 1877 [1]) zeigte der Bundesrath der Direktion der S. O. an, dass sie verpflichtet sei, in Zukunft auf ihren Linien in beiden Richtungen täglich vier Züge zu führen, statt nur drei, wie bisher. Die Direktion protestirte gegen diese Zumuthung, da sie den Stipulationen ihrer Konzession widerspreche; sie sei nur dann bereit, Gehorsam zu leisten, wenn die entstehenden Kosten vom Bunde übernommen werden.

Die erwähnte Konzession bestimmte nun, que la Société est autorisée à organiser l'exploitation du chemin de fer de la manière la plus simple et avec le moins de frais possible..... La Société s'engage à établir un service suffisant, moyennant deux convois au moins de voyageurs par jour etc.

Solche Bestimmungen kehrten in den meisten Konzessionen fast wörtlich wieder. Wir wollen sie auf ihren Inhalt prüfen.

In erster Linie sollen *mindestens zwei Züge* geführt werden. Das kann wohl kaum anders aufgefasst werden, als dass die *Minimalleistung* der Bahn auf zwei Züge fixirt sei, also eine Steigerung, nicht aber eine Verminderung möglich sei. Dennoch wurde in diesem Fall und sogar noch in einem späteren Prozesse [2]) die Behauptung aufgestellt, dass die Konzession, indem sie ein Minimum der Leistungen der Bahn festsetze, zugleich das Maximum der Rechte des Staates normire.

Dieser Schluss ist ganz falsch. Die Aufstellung einer Minimalleistung trägt als solche die Zulässigkeit einer Steigerung in sich selbst. Wenn wir also in dieser Beziehung von wohlerworbenen Rechten reden wollten,

[1]) B.-G. E., III., 780 ff.

[2]) Prozess der N.-O.-B. gegen Bund 1884. Gedruckte Eingaben.

müsste ein Maximum fixirt sein, eine Zahl, die nicht überschritten werden darf ohne Verletzung des Rechtes. Eine Minimalbezeichnung dagegen bedeutet lediglich, dass die Gesellschaft von sich aus auch bei schlechter Rentabilität der Bahn nicht unter die zwei Züge herabgehen dürfe.

Die versuchte Auslegung der Gesellschaften würde zugleich den andern Konzessionsbestimmungen widersprechen. Es soll nämlich ein „*service suffisant*" eingerichtet werden und zwar soll die Entscheidung über die Nothwendigkeit dem Staatsrath von Waadt zustehen, respektive nach heutigem Recht dem Bundesrath. Nach welchen Grundsätzen bestimmt sich nun, was ein dem Verkehr genügender Betrieb sei? Bestimmt es sich rein objektiv darnach, ob alle angemeldeten Personen und Güter in Wagen verladen und befördert werden können? oder war nicht vielmehr die Intention dieses Ausdruckes eine weitergehende?

Die Linien der Broye sollten nach den Konzessionen blosse Lokalbahnen, Regionalbahnen sein, die lokalen Interessen bedienen und möglichst einfach gebaut und billig betrieben werden.

Das sagt nun eigentlich sehr wenig. Der Bau konnte wohl einfach, aber desswegen nicht schlecht erstellt werden, er musste allen Erfordernissen der Sicherheit genügen. Die Bezeichnung einer Bahn als Lokalbahn ist aber nicht in allen Fällen schon bei Eröffnung derselben gerechtfertigt, sie kann durch günstige Verbindungen sogar zur Hauptlinie werden. Sie wird eben jederzeit den Anforderungen des Verkehrs genügen müssen.

Für einen *genügenden Eisenbahn-Dienst* müssen wir aber verlangen, dass er *bequem, regelmässig* und *relativ schnell* vor sich gehe, dass in der Beförderung

der Güter *kein Unterbruch* eintrete und dass namentlich für Personenzüge und die Post der *Anschluss vollkommen hergestellt* sei. In den meisten Fällen wird allerdings eine Gesellschaft ihr wohlverstandenes Interesse leicht einsehen; wenn dies aber nicht der Fall ist, muss eine Behörde da sein, die es dennoch zum Ausdruck bringt. Diese Behörde ist nach dem Gesetzestext der Bundesrath, der „über alle diesfälligen Anstände entscheidet." (Eisenbahn-Gesetz Art. 33, Abschnitt 3).

Die vielen Klagen, welche von allen Seiten gegen den schlechten Bahnbetrieb der Suisse Occidentale geführt wurden, lassen keinen Zweifel, dass ihr Dienst ein ungenügender war, der Bundesrath war also zum Einschreiten berechtigt, er konnte die Führung eines vierten Zuges verlangen und von dieser Pflicht konnte die Verwaltung auch nicht vom Bundesgericht, bei dem sie Klage anbrachte, befreit werden. Gegen die Anordnung des Bundesrathes stand ihr höchstens ein *Beschwerderecht* zu, aber *erst neben der Erfüllung* der Pflicht. Und erst *nach erfüllter Pflicht* entstand für die Gesellschaft ein Klagerecht, aber nicht etwa auf Restitution, sondern bloss auf Entschädigung und nur für den Fall, dass eine „besondere Leistung der Bahnverwaltung nothwendig" geworden war, die ihr „billigerweise nicht allein zugemuthet werden" durfte. Dabei machte es keinen Unterschied, ob der Bundesrath von sich aus gar keine Entschädigung zusprechen wollte oder sich nur über die Grösse derselben mit der Bahnverwaltung nicht einigen konnte. Dies wäre der gesetzmässige Verlauf eines solchen Prozesses [1]).

---

[1]) s. unten pag. 89 ff. Prozess der Centralbahngesellschaft gegen den Bund betreff. Einführung eines Gotthard-Schnellzuges.

In dem besprochenen Falle der Suisse Occidentale folgte der Entschädigungsprozess nicht nach, denn es trat, vielleicht beeinflusst durch die drei erwähnten Gutachten, während der Verhandlungen eine Verständigung der Parteien ein, indem beiderseits Zugeständnisse gemacht wurden. (B.-Bl. 1879 II, 422; 1880 II, 349; 1880 II, 870). Schliesslich musste doch die Eisenbahn-Gesellschaft nachgeben [1]).

Angenommen nun, Bundesrath und Bundesgericht, oder auch nur letzteres habe anerkannt, dass die Leistung billigerweise der Bahnverwaltung nicht allein zugemuthet werden dürfe, wer bezahlt dann die Entschädigung? Wen kann das Bundesgericht als „Dritten" zur Tragung der Mehrkosten beiziehen? (Eisenbahngesetz Art. 33 Abs. 4.)

Die bundesräthliche Botschaft zum Eisenbahngesetz (a. a. O. pag. 691 f.) sagt, dass es oft nothwendig sein werde, zur Erstellung eines zusammenhängenden Fahrtenplanes hie und da einen Zug einzuschalten oder einem anderen grössere Fahrgeschwindigkeit zu geben. Gewöhnlich werde da die Gesellschaft selbst den Nutzen daraus ziehen; es könne aber auch leicht geschehen, dass aus dem Zuge andere Bahnstrecken den Vortheil und die mehrleistende blos den Nachtheil habe. In diesem Falle sei es billig, eine Kostenrepartition vorzunehmen [2]).

Ueber diesen „Dritten" sind die Ansichten sehr getheilt.

---

[1]) s. auch Prozess der Jura-Bern-Luzern-Bahn gegen den Bund, betreffend Entschädigung für einen vom Bundesrath ihr oktroirten sechsten Zug zwischen Biel und Bern. (B.-Bl. 1880, II, 349 und 870.)

[2]) s. B.-Bl. 1871, III, 832, 859; 1875, III, 113; B.-G. E., XI, 220 ff.

Als Entschädigungspflichtiger wird nicht erst in dritter, sondern in erster Linie fast allgemein der *Bund* bezeichnet.

Carrard (a. a O. pag. 18) begründet dies folgendermassen: „La loi de 1872 sur les chemins de fer a été conçue dans cet esprit-ci:

L'Etat agissant dans l'intérêt général peut imposer aux Compagnies, même sans indemnité, toutes les prestations qui ne sont pas onéreuses pour elles et contre indemnité celles qui occasionnent un surcroît de dépenses, sans produire un bénéfice correspondant. Le respect des intérêts économiques garantis par les concessions est pour l'Etat une barrière infranchissable. Im vorliegenden Falle bringe ein vierter Zug der betreffenden Gesellschaft gar keinen Vortheil, ebenso den angrenzenden Linien nicht, es bleibe also nur der Bund respektive die Posten als entschädigungspflichtig übrig.

Hilty (a. a. O. pag. 36 ff.) huldigt im Allgemeinen dem Grundsatz: wer befiehlt, bezahlt. Es werde namentlich der Bund sehr oft in den Fall kommen, Entschädigung zu leisten, wenn er im öffentlichen Interesse Mehrausgaben verlange und seine Sache sei es dann, Andere zu suchen, auf die er Regress nehmen könne. Er möge besonders erwägen, ob ein an ihn gestelltes Verlangen so kategorisch laute, dass er den Petenten dafür haftbar machen könne [1]).

---

[1]) Hilty erkennt ein solches kategorisches Verlangen z. B. nicht unbedingt in der Ausdrucksweise des Staatsrathes von Waadt, dessen Depesche im vorliegenden Falle lautete: . . . nous avons l'honneur de vous soumettre ci-après, en vous exprimant le désir qu'il lui soit donné votre approbation, le projet d'horaire pour les lignes de la Broye, arrêté dans une conférence . . .

In gleicher Weise beurtheilte auch der Bundesrath sein Regressrecht gegenüber einer Kantonsregierung, welche die zwangsweise Durchführung einer von ihr als dringlich erachteten Zugsvermehrung verlangte (B.-Bl. 1881 II, 444 ff.). Er fasste einen grundsätzlichen Entscheid in einem Falle, wo er zwar die Wünschbarkeit der angeregten Verbesserung in vollem Masse würdigte, aber nicht hinreichende Gründe zu einem exekutorischen Vorgehen fand. Der Rechenschaftsbericht sagt diessbezüglich: „Der Bundesrath erklärte sich bereit, ein positives und formulirtes Begehren der Regierung gegenüber der Bahngesellschaft zu vertreten, sofern er die Zusicherung der kompetenten Kantonalbehörde erhalte, für eine allfällige, vom Bundesgerichte der Bahnverwaltung zugesprochene Entschädigung sammt den ihm auffallenden Prozesskosten ohne Widerrede einstehen zu wollen. Wir können nämlich das Recht einer Beanspruchung des Bundes, möglicherweise Geldopfer zu bringen, um Forderungen einzelner Kantone an den Fahrplan einer Bahngesellschaft durchzusetzen, nur für den Fall anerkennen, als die Bundesaufsichtsbehörde selbst von der Ueberzeugung geleitet wird, dass es sich dabei um einen entweder für den durchgehenden Verkehr oder zur Herstellung ineinandergreifender Fahrtenpläne nöthigen Personenzug handle, das Bundesgericht aber finden sollte, die daherigen Mehrleistungen dürfen der Bahnverwaltung billigerweise nicht allein zugemuthet werden."

Ausser Zweifel sind wir jedenfalls, wenn Jemand eine allfällige Entschädigung ausdrücklich auf sich übernimmt [1]).

---

[1]) In diesem Sinne müssen wir ein Schreiben des St. Gallischen Regierungsrathes an den Bundesrath vom 5. September

Dass der Bundesrath selbst für gewisse Fälle die Entschädigungspflicht des Bundes in den Vordergrund stellte, beweist der erste Entwurf zum Gesetze, der am Schlusse des Art. 33 lautete: . . . . „ob und in welchem Masse die bezüglichen Mehrausgaben von andern Bahnverwaltungen mitzutragen seien, beziehungsweise ob die eidgenössische *Postverwaltung* ganz oder theilweise entschädigungspflichtig sei". Schon die ständeräthliche Kommission hatte den Schlusssatz von „beziehungsweise" an gestrichen, indem sie damit nicht die Verpflichtung des Bundes unbedingt ausschliessen, aber es doch vermeiden wollte, dass bei besonderen Leistungen die eidgenössische Postverwaltung als stehender Streitgenosse neben anderen vor dem Richter erscheine. Die Verhandlungen in den eidgenössischen Räthen waren wesentlich gleichen Inhalts und führten in diesem Sinne zur Streichung jenes Passus [1]).

Wir können als allgemeinen Grundsatz für die Entschädigung aufstellen, dass die Kosten zu tragen sind von Demjenigen, der *aus der Mehrleistung den Hauptnutzen zieht.* Die Ausdrucksweise der „Dritte" schliesst offenbar Niemand aus, bezeichnet aber auch

---

1883 auffassen (Prozessakte zum Prozesse N.-O.-B. contra Bund 1884): „Angesichts all' dieser Verhältnisse erlauben wir uns schliesslich zu wiederholen, dass wir um der schwer verletzten und missachteten Interessen des Verkehrs willen entschlossen sind, vor allen Instanzen die Einhaltung gesetzlicher und konzessionsmässiger Bestimmungen zu betreiben, um zu erfahren, ob solche Vorschriften und Bestimmungen auch gegenüber der V.-S.-B. Rechte schaffen oder aber mir nichts, dir nichts verletzt werden dürfen."

[1]) Kommissionalberichte von 1871, pag. 21, 51; Hilty, a. a. O., pag. 38; Heusler, pag. 28 f.

Niemand als in erster Linie verpflichtet, sondern sagt lediglich, dass neben der betreffenden Verwaltung selbst und neben demjenigen, in dessen Interessen die Verbesserung hauptsächlich vorgenommen wurde, der also den Anstoss zur Verbesserung gab, sei es nun der Bund oder die Post oder eine andere Bahn, oder sogar ein Privater, auch noch andere, dritte Personen Vortheile haben können und dass solche bei der Kostenrepartition berücksichtigt werden sollen. Wir können also nicht sagen, dass ein bestimmtes Subjekt, z. B. der Bund, oder eine andere Gesellschaft oder die Post etc. unter dem Dritten gemeint sei, sondern dies ist ein relativer Begriff, der einem jeden dieser Subjekte zukommen kann, wenn es *nicht Haupt-*, sondern *Nebeninteressent* ist.

Der Bundesrath hat in jedem einzelnen Falle die gestellten Begehren zu unterstützen und wird jeweilen Regress zu nehmen wissen gegen Diejenigen, die er vertritt; er wird auch in Vertretung des Bundes eine allfällige Kostenübernahme auf den Bund nicht scheuen müssen, wenn der Nutzen einem ganzen Landestheile oder dem durchgehenden Verkehr zufällt, wo der einzelne Begünstigte weder ermittelt noch in's Recht gefasst werden kann. Der Bundesrath hat insofern eine schwierige Stellung, als er nicht engherzig von seiner Machtstellung Gebrauch machen soll und doch in jedem Falle seine Unterstützung beansprucht wird.

Ein Korrektiv könnte und sollte unseres Erachtens das Bundesgericht schaffen, indem es die *öffentliche Mission* der Eisenbahnen, ihr Recht des Eingriffs in das Postregal und das faktische Monopol vollkommen in Rechnung zieht und darum eine Praxis einschlägt, die den *Begriff der „Billigkeit" eng fasst* und *seltene* und *massvolle Entschädigungen zuspricht.*

Werfen wir noch einen Blick auf das deutsche Gesetz.

Die Reichsverfassung Art. 44 verpflichtet alle Eisenbahn-Verwaltungen zur Einrichtung der für den durchgehenden Verkehr und zur Herstellung ineinandergreifender Fahrpläne nöthigen Personenzüge mit entsprechender Fahrgeschwindigkeit, sowie zur Herstellung der für den Güterverkehr erforderlichen Güterzüge; ferner zu direkter Expedition in Personen- und Güterverkehr und Gestattung des Uebergangs der Transportmittel von Bahn zu Bahn. Endemann (a. a. O. pag. 441) sagt, die Reichsgewalt habe eine gesetzliche Befugniss, auf die Fahrpläne einzuwirken. Um den Lokalverkehr kümmert sie sich nicht, sondern nur um den durchgehenden. Die Eisenbahn-Verwaltungen müssen den Weisungen der Reichsgewalt unbedingt Folge leisten.

Die Nachtzüge.

Eine spezielle Art der in Art. 33, Abs. 4 des Eisenbahn-Gesetzes erwähnten Leistungen im Interesse des durchgehenden Verkehrs bilden die Nachtzüge. Sie verdienen besondere Berücksichtigung wegen der Verschiedenartigkeit der dabei in Betracht kommenden Interessen. Sie sind von der grössten Bedeutung für unsere modernen Verkehrsverhältnisse und werfen doch für die Bahngesellschaft einen sehr geringen Ertrag ab. In den letzten Jahren standen sie in der Schweiz im Vordergrund der Eisenbahn-Politik und geben uns darum auch ein deutliches Bild von dem bestehenden Verhältniss zwischen Bundesbehörden und Eisenbahn-Verwaltungen. Wir begegnen auf der einen Seite einer ge-

wissen Unsicherheit des Auftretens, die dem Mangel anerkannter Eisenbahn-Rechtstheorien zuzuschreiben ist, auf der andern Seite immer noch dem Sträuben gegen alle Anordnungen der Behörden, wenn sie der Gesellschaft irgend welche grössere Verpflichtungen auferlegen.

Schon die bundesräthliche Botschaft zum Eisenbahn-Gesetze hat sich mit den Nachtzügen beschäftigt (a. a. O., pag. 692) und betont, dass man ihretwegen für die Bundesfinanzen Besorgniss haben könnte. Indess sei diese Gefahr darum nicht hoch anzuschlagen, weil bei einer unverhältnissmässigen Inanspruchnahme der Bundeskasse man sich einfach durch Fallenlassen des Verlangens helfen könne. Uebrigens wolle man dafür nicht zu viel Geld verwenden, weil mit den internationalen Anschlüssen die Nachtzüge von selbst kommen müssen, überhaupt bei besserer Entwicklung des Verkehrswesens die Gesellschaften den Vortheil einsehen werden, der darin liege, das ganze in den Eisenbahnen steckende Kapital während 24 Stunden im Tage ausnutzen zu können, statt während 12—16. (Ebenso der ständeräthliche Bericht, a. a. O., pag. 832.)

Die Hoffnungen erfüllten sich aber nicht. Die Gesellschaften sahen in den Nachtzügen keinen Gewinn und verlangten daher eine Subvention; und der Bund erklärte, nichts dafür bezahlen zu wollen. Selbst bei Eröffnung der Gotthardbahn blieben die eingetretenen Verbesserungen weit hinter dem Erwarteten zurück. (B.-Bl. 1883, II, 351.)

Fortwährend zogen sich die Unterhandlungen hin, indem der Bund anfänglich streng auf seinem Entschlusse, nicht zu entschädigen, beharrte [1]); er stellte sogar, um

[1]) Neue Zürcher-Zeitung, 23. Juni 1882; 28. Juni 1883; 20. März 1884; 8. Mai 1886; 28. September 1886.

den Uebelständen ein Ende zu bereiten, eine Revision des Eisenbahn-Gesetzes von 1872 in Aussicht [1]). Erst als auf einigen Strecken zeitweilig Nachtzüge versuchsweise gefahren waren und das Resultat brachten, dass sie sehr schwach von Personen, dagegen äusserst stark von der eidgenössischen Post benutzt wurden, liess sich der Bundesrath zu einer Subvention herbei [2]), aber ausdrücklich mit dem Bemerken, dass er eine Rechtspflicht, solche Beiträge zu leisten, nicht anerkenne, sondern es lediglich unter Berücksichtigung der finanziellen Lage der Gesellschaften thue. In neuester Zeit neigt der Bundesrath immer mehr der Ansicht zu, er könne nur durch Gewährung von Subventionen seinen Zweck erreichen [3]), und so hat er sich endlich in einem neuen Entschlusse der richtigen Ansicht genähert [4]).

Zur theoretischen Beleuchtung des Streites über die Nachtzüge müssen wir wieder zwei Fragen aufstellen. 1. Ist der Bundesrath berechtigt, die Einführung von Nachtzügen zu verlangen? 2. Wenn ja, wird er dadurch zur Leistung einer Entschädigung verpflichtet?

I. Unzweifelhaft dienen die Nachtzüge dazu, im nationalen und internationalen Verkehr direkte Verbindungen herzustellen, gleichgültig ob diese mehr von den Personen oder von der für den Verkehr viel wichtigeren Post benützt werden. Es fallen also die Nachtzüge unter die Fälle des Art. 33, Abschnitt 2, das

---

[1]) Neue Zürcher-Zeitung, 8. Mai 1886; 14. Mai 1886; 11. März 1886; 26. August 1886 u. Züricher Post, 1. September 1886.

[2]) Neue Zürcher-Zeitung, 3. Oktober 1886.

[3]) Neue Zürcher-Zeitung, 16. April 1887, II. Züricher Post, 28. April 1887. Neue Zürcher-Zeitung, 30. September 1887.

[4]) Neue St. Galler-Zeitung vom 8. Oktober 1887. Telegramm. (s. unten pag. 86 f.)

heisst die Eisenbahn-Verwaltungen sind zu deren Einführung verpflichtet, wenn sie für den durchgehenden Verkehr und zur Herstellung ineinandergreifender Fahrtenpläne nothwendig sind. Ueber alle diesfälligen Anstände entscheidet der Bundesrath. Was wir oben über die Einschaltung neuer fahrplanmässiger Züge gesagt haben, gilt auch hier, d. h. *der Bundesrath hat absolute administrative Freiheit*, er hat zu bestimmen, was die Verkehrsbedürfnisse verlangen und er hat auch die diesbezüglichen Anordnungen zu treffen.

II. Nach Art. 33 des Eisenbahn-Gesetzes wird sich auch die Entschädigungsfrage beurtheilen, d. h. wir müssen uns entscheiden, ob die Nachtzüge eine Leistung seien, welche der Bahnverwaltung billigerweise nicht allein zugemuthet werden dürfen [1]), es wird also die ganze Angelegenheit mehr oder weniger zur reinen Thatfrage.

---

[1]) Diese Erklärung rechtfertigt sich vollständig nach unserer im ersten Theile abgeleiteten Theorie. — Auch Bessel und Kühlwetter, a. a. O., Bd. II, pag. 162, vertreten diese Ansicht. Nach letzteren ist die Frage der Entschädigung für die Einrichtung von Nachtzügen entschieden zu verneinen: Der Staat übe dadurch, dass das Ministerium für Handel etc. die Einrichtung eines Nachtzuges verlangt habe, nur eine ihm durch Gesetz wirklich vorbehaltene Befugniss aus. Aus diesem gesetzlich reservirten Rechte des Staates folge die korrespondirende Pflicht der Eisenbahn-Gesellschaft, einen solchen Nachtzug einzurichten, und da das Gesetz diese Verpflichtung der Gesellschaften nur als eine Vergütung für die theilweise Abtretung der aus dem Postregal entspringenden Vorrechte ansehe, so könne nicht noch eine *besondere* Entschädigung verlangt werden. (eod. pag. 159.) Nur durch Delegation kommen die Eisenbahnen in den Besitz von Rechten, die sie sonst nicht ausüben dürfen, und nur dadurch motiviren sich die Leistungen, welche sie zu übernehmen haben.

Zu diesem Resultate sind auch wir gekommen. Wir haben

Die angestellten Proben haben ergeben, dass die Nachtzüge gegenwärtig von Reisenden sehr schwach besucht werden; Güter können damit nur ganz ausnahmsweise befördert werden, es ist also offenbar die Rentabilität für die betreffende Bahnverwaltung eine sehr geringe. Dagegen hat die Erfahrung gezeigt, dass die *Postverwaltung* sich mit grosser Vorliebe dieser Verbindung bediente, dass also diese den *Hauptnutzen* aus den Nachtzügen zieht, oder wie wir oben (pag. 81) sagten, dass sie Hauptinteressentin ist. Als Nebeninteressenten erscheinen immerhin auch andere Bahnverwaltungen und der Bund selbst als Vertreter der internationalen Interessen (abgesehen von der Postverwaltung), und es wird sich lediglich darum handeln, an Hand von statistischen Aufzeichnungen eine möglichst gerechte Repartition unter den Haupt- und Nebeninteressenten zu finden. Wir wissen, dass in letzterer Beziehung das Bundesgericht kompetent ist und können nur die auf pag. 81 unten gemachte Bemerkung wiederholen. Zu beachten wird sein, dass die Frequenz der Nachtzüge in kurzer Zeit mit deren Bekanntwerden und durch vollständige Herstellung der Verbindungen sich steigern wird, und darum gerechterweise auch die Entschädigungen immer abnehmen werden. Nach dem Gesagten leuchtet nun auch ein, dass wir statt von Entschädigung richtiger von *Subvention* reden.

Wir sagten, dass der Bundesrath in neuester Zeit sich der von uns vertretenen Ansicht genähert habe. Das betreffende Telegramm [1]) lautete: „Zwischen dem

---

blos den Zusatz gemacht, dass das Gerechtigkeitsgefühl den Gesetzgeber in manchen Fällen zur Aussetzung einer Entschädigung veranlasse.

[1]) Neue St. Galler-Zeitung, 8. Oktober 1887.

Bundesrath und den Westbahnen ist eine Vereinbarung abgeschlossen worden, nach welcher sich die letzteren auch künftig für Fortführung der Nachtzüge Bern-Genf verpflichten. Dagegen wird denselben, sofern nicht wesentliche Aenderungen in den Verkehrsverhältnissen eintreten, für die Dauer von 6—7 Jahren eine Subvention seitens des Bundes zugesichert. Fürs erste Jahr beträgt dieselbe Fr. 70000 und nimmt jährlich sukzessive ab, bis sie ganz aufhört. Den Westbahnen ist es überlassen, sich von jenen Bahngesellschaften, welche durch die Nachtzüge Vortheil haben, auf dem Wege freier Vereinbarung weitere Subventionen zu sichern."

Dem Bundesrath war es natürlich freigestellt, den Weg der Vereinbarung zu wählen. Sie bot sich ihm als naheliegendstes Mittel zur Verhütung eines fast unausbleiblichen Entschädigungsprozesses. Nothwendig war dies indess nicht: die Gesellschaft der Westbahnen *musste ohnedies auf Verlangen des Bundesrathes die Nachtzüge führen und konnte sich lediglich klagend ans Bundesgericht wenden,* wenn keine Verständigung über die *Höhe der Subvention* eintrat.

V.

Die Auflagen im Interesse des internationalen Verkehrs [1]).

Erst im internationalen Verkehr erfüllen die modernen verbesserten Verkehrsmittel ihren Zweck voll-

[1]) Meili, Internationale Eisenbahn-Verträge, Hamburg 1887.

ständig. Im Gebiete des Grosshandels kommen ihre Hauptvortheile, Schnelligkeit und Billigkeit, gebührend zur Geltung und zwar sowohl für die Reise des Händlers selbst, der an Ort und Stelle am günstigsten kauft, als auch für den Transport der Waare, die zur Haussezeit möglichst schnell abgesetzt sein soll. Die Uebelstände, die wir für internen schlechten Anschluss angeführt haben, potenziren sich im internationalen Verkehr, weil es sich hier um sehr lange Reisen, um grosse Quantitäten Waaren handelt. „Kein [1]) Gedanke erscheint heute so einleuchtend wie der, dass die Eisenbahnen *in allen Ländern* bezüglich der technischen Veranlagung insbesondere der Spurweite sich vollkommen gleichen müssen; es ist dies der sprechendste Ausdruck eines eisenbahnrechtlichen oder technischen Einheitsdranges. Man müsste sich heute auf den Widerspruch aller Verständigen gefasst machen, wenn ein Staat die technische Ausrüstung der Eisenbahnen als eine nationale Eigenthümlichkeit hüten und durchführen wollte und es bedarf einer geringen Phantasie, um das namenlose Unheil auszumalen, das aus verschiedenen technischen Systemen und Spurweiten *angesichts des grossen und direkten internationalen Verkehrs entstehen müsste*..... Je mehr sich der Gedanke eines direkten Eisenbahn-Verkehrs in den internationalen Staaten ausbildete, in dem Sinne, dass die Eisenbahn-Waggons der einzelnen Staaten auf die Schienen des andern übertreten, desto mehr wurde auch „die technische Einheit" der Eisenbahnen zu einer Frage der Völkergemeinschaft, zu einer Frage der Sicherheit der Güter und Personen im internationalen Rechte."

[1]) Meili, a. a. O., pag. 29.

Alle grossen Aufgaben des internationalen Verkehrs können natürlich nur erfüllt werden auf dem Wege der Staatsverträgen. Vertragsweise werden die Grundsätze einheitlichen Baues und Betriebes festgestetzt und Sache der *einzelnen Staaten* ist es nun, kraft seiner Eisenbahn-Souveränität die *Vertragsstipulationen zum Gesetz zu machen,* respektive sie in die Konzessionen aufzunehmen. So wurden der Schweiz durch den Gotthardbahnvertrag bestimmte positivrechtliche Pflichten und Schranken der Eisenbahn-Souveränität auferlegt. Fürs erste waren damit die Finanzierung, die Bau- und Betriebsnormen fixirt und der Schweiz das Zustandebringen einer Bahngesellschaft überbunden und als der Bau von den Vertragsstaaten approbirt war, behielt sie die Pflicht der fortwährenden Ueberwachung des Betriebes. Es resultirt also im internationalen Verkehr für die Staaten die Pflicht, in ihrem Gebiete die Gesetze und Konzessionen jeweilen den Vertragsbestimmungen gemäss zu gestalten [1]). In Folge dessen werden die Behörden oft in den Fall kommen, an eine Gesellschaft Anforderungen zu stellen, welche in den Konzessionen nicht vorgesehen sind und es tritt uns also auch hier wieder die Frage entgegen, ob der Bund dazu berechtigt sei, eventuell mit oder ohne Leistung einer Entschädigung.

Wir wollen auch hier zuerst einen praktischen Fall erwähnen, und zwar wählen wir den Prozess der *Centralbahngesellschaft gegen den Bund* betreffend Einführung eines *Gotthardtagesschnellzuges* [2]) (1884), der uns sehr anschaulich die Uebelstände vor Augen führt, die aus mangelhaftem internationalem Betriebsanschluss entstehen.

[1]) B.-Bl. 1882, II, 433; 1883, II, 322, 340; 1884, II, 430.
[2]) B.-G. E., XI, 220 ff.

Am 6. Oktober 1883 hatte der Bundesrath folgenden Beschluss gefasst: Die schweizerische Centralbahn wird verpflichtet, den sogenannten Gotthardschnellzug auch während der Dauer der Winterfahrtordnung getrennt, mit Abgang frühestens um 7^{25} morgens von Basel nach Olten zu führen etc. Bei diesem Begehren stützte sich der Bundesrath darauf, dass dieser Gotthardtagesschnellzug an alle wichtigeren internationalen Routen (London via Laon-Delle, Paris via Mülhausen, Brüssel-Ostende via Strassburg, Berlin via Frankfurt-Karlsruhe) anschliesse, insbesondere aber jeweilen Samstags die niederländisch-indische Post nach Italien führe. Bei so grossen internationalen Linien könne es leicht Verspätungen geben, und da die Centralbahn erklärt habe, in Basel nur ganz kurze Wartefrist gewähren zu können wegen des Anschlusses an die Westbahnen in Bern, so müsste das auch ferner, wie es leider im vergangenen Winter oft geschehen, zu Korrespondenzbrüchen führen; solche wären aber hier besonders zu vermeiden, weil die Reisenden und Postsachen zu einem mehr als zwölfstündigen Aufenthalt in Basel gezwungen werden, und für die niederländisch-indische Post ziehe das sogar einen Zeitverlust von vollen acht Tagen nach sich, weil nur von 8 zu 8 Tagen Dampfschiffverbindung von Brindisi-Neapel nach Niederländisch-Indien bestehe. In solchen Verspätungsfällen sei zwar jeweilen diese Post mit Extrazug nachgesandt worden und habe die niederländische Postverwaltung die Kosten bereitwilligst bezahlt, aber man müsse doch den Eventualitäten vorbeugen, weil zu befürchten stehe, „dass bei fortgesetzter Unsicherheit des Anschlusses in Basel der *Kredit* der Gotthardroute als *internationale Transitlinie zu leiden habe* und dass die niederländische Postverwaltung aus

diesem Umstande Veranlassung nehmen könnte, die neue Transitlinie durch den Gotthard zu verlassen und auf den alten Beförderungsweg via Mont Cenis zurückzukehren. Dies wäre nicht nur vom postalischen Gesichtspunkte aus, sondern auch mit Rücksicht auf den Kredit der Gotthardroute als internationaler Schienenweg überhaupt tief zu beklagen und wäre namentlich sehr bedenklich im Augenblicke, wo begründete Hoffnungen auf Gewinnung der britisch-indischen Ueberlandpost und damit eines grossen Theiles des Weltverkehrs für die Gotthardroute vorhanden seien. Demnach erscheine, zur Sicherung der internationalen Verbindungen, als nothwendig, den Gotthardtagesschnellzug auch während des Winterdienstes, wie dies im Sommer geschehe, von Basel nach Olten getrennt zu führen."

Die Centralbahn führte den Wunsch des Bundesrathes bereitwillig aus, erklärte aber sofort, sie werde für ihre Mehrauslagen dem Bunde Rechnung stellen, indem sie vollständige Unrentabilität dieses Zuges und zudem die technische Nothwendigkeit besonderer Rückführung des Materials nachzuweisen versuchte.

Das Bundesgericht trat auf die Sache ein und hörte über die geltend gemachten Punkte die Ansicht mehrerer Experten. Diese sprachen sich in ihren Gutachten dahin aus, dass die Centralbahn sowohl die Haltefristen für Basel als Zollstation zu kurz bemessen habe, als auch die Wartefristen gegenüber ausländischen Bahnen mehr ausdehnen sollte, weil *Korrespondenzbrüche im internationalen Verkehr besonders zu vermeiden seien.*

Beim Entscheide hat sich das Bundesgericht nicht mit der theoretischen Frage beschäftigt, wie sie uns interessirt, nämlich mit der Kompetenz des Bundesrathes

und der Entschädigungsfrage, sondern es hat sich gestützt auf einen *Vertrag,* den die Centralbahngesellschaft schon 1870 mit der Gotthardbahngesellschaft abgeschlossen hatte und in dem sie sich verpflichtet, die Verbindung zwischen Deutschland und der Gotthardlinie in bester Weise herzustellen.

Wenn auch dieser Entscheid uns vollkommen befriedigt, müssen wir doch untersuchen, ob er sich nach unserem theoretischen Theile rechtfertigt. Wir können dies bejahen, denn gerade der internationale Verkehr muss in hohem Masse *als durchgehender* bezeichnet werden. Es findet also Art. 33 des Eisenbahngesetzes Anwendung und damit auch die Folgerungen, die wir daraus im letzten Abschnitt gezogen haben. Der Gedanke, dass die mangelhaften Bestimmungen einer Konzession den grossartigsten Verkehr lähmen können, wäre absurd. Auch für die Entschädigungen, bezw. Subventionen können wir auf das im vorigen Abschnitte Gesagte verweisen mit dem Beifügen, dass hier in den meisten Fällen in erster Linie der Bund wird eintreten müssen.

Ein grosses Feld fruchtbringender Thätigkeit steht dem Staate offen durch die internationalen Bestrebungen der neuen Zeit. Namentlich die Eisenbahnen sind es, welche die Völker einander näher bringen und das Bewusstsein gemeinsamer Ziele und gleichen Zweckes in ihnen wecken. Und dieses Näherbringen beruht auf der Schnelligkeit und Billigkeit des Verkehrs. Ist es da nicht die erste Aufgabe des Staates, sein Möglichstes dafür zu thun, dass diese Verkehrsmittel verbessert und vervollkommnet werden? Dass sie mit den Eisenbahnen der Nachbarländer in harmonischer Verbindung sind? Der Staat kann durch Eingehung von Staatsverträgen diese Aufgabe nicht vollständig erfüllen, *er bedarf in*

zweiter Linie eines unumschränkten Gesetzgebungsrechtes, um die Bestimmungen der Staatsverträge zu seinem Gesetz zu machen und deren Nachachtung zu kontroliren.

VI.

Die Garantieen für die Sicherheit von Personen und Eigenthum.

Wir haben oben (pag. 44 f.) gesagt, dass die Gesetze über Sicherheit von Leben und Eigenthum der Staatsangehörigen zu denjenigen gehören, die von absolut zwingender Geltung sind, also durch keine wohlerworbenen Rechte eingeschränkt werden können. Wenn der Staat sich vornimmt, für die Sicherheit seiner Angehörigen einzustehen, darf er nicht auf halbem Wege stehen bleiben und Ausnahmen von seinen Vorschriften gestatten, sondern er hat dieser Thätigkeit seine *fortdauernde Aufmerksamkeit* zu widmen.

Es gehört aber diese Fürsorge für die Sicherheit von Personen und Eigenthum so sehr zum *eigentlichen Berufe* des Staates, dass er dazu die *weitestgehenden Kompetenzen haben muss.* Er hätte dieselben selbst dann, wenn sie nicht durch Gesetze und Konzessionen vorgesehen wären, denn sie sind ein *Theil seiner Polizeihoheit.* Wenn die naturgemässe Anlage und der regelmässige Betrieb der Eisenbahnen in höherem Masse als jede andere Unternehmung, Gefahren für Leben und Eigenthum der Menschen mit sich bringen, so kann dies dieselben von der Pflicht zu deren Schutz nicht entlasten, im Gegentheil nur veranlassen, die besten Sicher-

heitsvorrichtungen anzubringen. Den Behörden auferlegt es die Aufgabe doppelt strenger Beaufsichtigung und Kontrole. Es kann keine Gesellschaft behaupten, dass sie nach ihrer Konzession genügende Vorsichtsmassregeln getroffen habe, dass also ein weiteres Verlangen über ihre Pflichten hinausgehe, denn ein Urtheil, ob die Sicherheit gewährleistet sei, kann sich nicht nach Gesetzen und Konzessionen, sondern nur nach den vorliegenden Thatsachen bilden. Gestützt auf die Erfahrung wird durch Gesetze und Reglemente stets ein Minimum der erforderlichen Sicherheitsvorrichungen aufgestellt sein, aber dieses hat selbstredend keinen Anspruch auf lange Gültigkeit, denn es muss sich fortwährend nach den Erfordernissen des Verkehrs und den Fortschritten der Technik, eventuell der wachsenden Gefahr richten und darum *unterliegen alle solche Vorschriften ihrer Natur nach einer angemessenen Veränderung und Vervollkommnung* [1]).

Wir haben zu untersuchen, ob in der Gesetzgebung diese Ausführungen anerkannt sind.

Das Eisenbahn-Gesetz enthält Vorschriften für die Sicherheit in Art. 16: Die Gesellschaft hat während des Baues alle Vorkehrungen zu treffen, damit der Verkehr nicht unterbrochen und an Grundstücken und Gebäulichkeiten kein Schaden zugefügt werde. Sie wird auch die Bahn, wo es die öffentliche Sicherheit erheischt, in ihren Kosten auf eine diese Sicherheit hinlänglich gewährende Weise einfrieden und die Einfriedigung stets in gutem Stand erhalten. Ueberhaupt hat sie *alle diejenigen Vorkehrungen* auf ihre Kosten zu treffen, welche *jetzt* oder *künftig* zur öffentlichen Sicherheit nöthig befunden werden.

[1]) Vergl. auch Meili, a. a. O., S. 22 u. 23.

Neben diesen unzweideutigen Vorschriften für die Sicherheit nach aussen giebt es auch solche für die innere Sicherheit. S. Art. 31, Abs. 2 und 3: „Der Bundesrath stellt nach Anhörung der Bahnverwaltungen auf dem Wege des Reglements diejenigen Vorschriften auf, nach welchen auf allen schweizerischen Bahnen gleichmässig zum Behuf der Sicherheit des Dienstes verfahren werden soll. — Dem Bunde liegt es ob, dafür zu sorgen, dass die Eisenbahn-Verwaltungen die Bahnen und das Bahnmaterial jederzeit in einem die nöthige Sicherheit gewährenden baulichen Zustande erhalten....“ Artikel 14, Abs. 3 giebt dem Bundesrathe sogar das weitgehende Recht, für die Sicherheit des Bahnbetriebes die Anlage eines zweiten Geleises, die Eröffnung neuer Stationen oder die Erweiterung bisheriger und andere derartige Verbesserungen vornehmen zu lassen.

Der Bundesrath hat auf diesem Gebiete seine Kompetenzen ausgenützt und eine sehr reiche Thätigkeit entfaltet, wovon die alljährlichen Rechenschaftsberichte Zeugniss ablegen.

Zunächst wurde das Signalwesen geordnet durch ein „allgemeines Reglement über den Signaldienst auf den schweizerischen Normalbahnen“ (30. März 1886 [1]). In alle Einzelheiten erstreckte sich die Thätigkeit des Eisenbahn-Departements. Es empfahl stets die besten Sicherheitsvorrichtungen und wenn es kein Gehör fand, wurde es durch eine bundesräthliche Verordnung unterstützt. So entstanden Vorschriften über die Anstellung von Beamten und Angestellten, namentlich von Weichenwärtern; über deren Arbeits- und Ruhezeit; über den

[1]) Hürlimann, pag. 274. B.-Bl. 1878, II, 37; 1879, II, 410; 1881, II, 427; 1883, II, 319.

Bahnaufsichtsdienst. Als spezielle Sicherheitsapparate wurden z. B. verlangt telegraphische oder telephonische Verbindung sämmtlicher Stationen, Doppel- resp. Kreuzungs-Geleise auf allen Stationen, Glockensignale, Blockstationen, solidarische Signale und Weichenstellungen, kontinuirliche Bremsen, Fahrgeschwindigkeitsmesser, regelmässige Vornahme von Kesselproben, Revision der Achsen und Lager etc. etc.[1]).

Neben solchen Reglementen könnten die Bestimmungen der Konzessionen keine grosse Bedeutung haben, sie können höchstens den allgemeinen Grundsatz enthalten, dass die Sicherheitsvorrichtungen in bester Weise getroffen sein sollen[2]). Z. B. Konzession der St. Gallischen Regierung für die Strecke Rorschach-St. Gallen-Wil, vom 14. Juni 1852; Art. 11: „Während des Baues sind von der Gesellschaft alle nöthigen Vorkehrungen zu treffen, dass durch denselben der Verkehr auf den Strassen nicht unterbrochen und den Grundstücken und Gebäulichkeiten kein Schaden zugefügt werde. Dessgleichen hat auch die Gesellschaft auf ihre Kosten alle Veranstaltungen zu treffen, die beim Baue und Betriebe von Eisenbahnen die öffentliche Sicherheit erfordert, namentlich die Bahn von der öffentlichen Strasse abzusperren, da wo die Oberpolizei es für nöthig findet. In allen diesen Fällen behält sich die Kantonsregierung das Entscheidungsrecht, sowie die Befugniss vor, zu jeder beliebigen Zeit die Bahn in allen ihren Einrichtungen durch einen Abgeordneten untersuchen

[1]) Ausführliche Zusammenstellung mit Citaten s. Hürlimann, a. a. O., pag. 21 ff.

[2]) Die Bestimmungen über die erforderliche Geleisezahl, über das Schienensystem u. s. w. können wir nicht als dahin gehörig betrachten.

zu lassen, welchem überall der freie Zutritt gestattet werden muss." Art. 12: Die Gesellschaft wird die Eisenbahn fortwährend, so lange die Konzession dauert, in vollständigem, regelmässigem Betriebe erhalten, und dem Publikum einen eben so guten, schnellen und sicheren Dienst gewähren, als er auf den gut organisirten Eisenbahnen benachbarter Staaten geleistet wird, oder in Zukunft geleistet werden sollte".

Ganz ähnlich lauten die Bestimmungen nicht nur in allen St. Gallischen Konzessionen (Rorschach-Ragatz, Sargans-Weesen, Rüti-Rapperswil [1]), Rorschach-Romanshorn, St. Margrethen-Lindau, Toggenburgerbahn), sondern überhaupt in den Konzessionen, die auf Grund des Eisenbahn-Gesetzes von 1852 ertheilt waren.

Die eidgenössische Normalkonzession sieht keine Erwähnung eines solchen Paragraphen vor, und mit Recht, denn alle diesbezüglichen Anordnungen werden ja in den Verordnungen getroffen. Dagegen kann eine Konzession die Pflicht zur Beseitigung eines bereits bestehenden Uebelstandes auferlegen. Zum Beispiel hat der Bundesrath in mehreren Fällen in die Konzessionen die Bedingung aufgenommen, dass auf Kosten der Bahn alle Strohdächer längs der Bahn in Ziegeldächer umgewandelt werden müssen [2]).

Nachdem wir nun gezeigt haben, dass unsere im ersten Theil aufgestellte Theorie sich auch nach Gesetz

---

[1]) Art. 10: „Die Bahn ist sammt dem Material und den Gebäulichkeiten, welche dazu gehören, auf das Beste, namentlich aber auch in einer volle Sicherheit für ihre Benutzung gewährenden Weise herzustellen und sodann fortwährend in untadelhaftem Zustande zu erhalten."

[2]) B.-Bl. 1877, IV, 805, 811; 1880, II, 318.

und Konzessionen rechtfertigt, nämlich dass *in keiner Weise die Unumschränktheit des Gesetzgebungs- und Verordnungsrechtes des Bundes beschränkt ist*, d. h. dass *nirgends wohlerworbene Privatrechte entstanden sind*, ist von selbst auch die Frage beantwortet, ob der Bund den Gesellschaften für ihre Mehrleistungen Entschädigung bezahlen müsse. Die Frage ist aus den angegebenen Gründen (oben pag. 93) zu verneinen.

Nun sieht aber Art. 14, Abs. 3 des Eisenbahn-Gesetzes Leistungen voraus, die so weit gehend und so drückend werden können für die Gesellschaften, dass ihnen der Gesetzgeber dieselben nicht zumuthen will ohne seinerseits eine Subvention zu gewähren; er wird ja meistens am Nutzen derselben mit theilnehmen. Solche Leistungen sind die Anlage eines zweiten Geleises, die Eröffnung neuer Stationen oder Erweiterung bisheriger und „andere derartige Verbesserungen"; vorausgesetzt ist, dass sie nothwendig werden durch die Sicherheit des Bahnbetriebes, erweiterte Verkehrsbedürfnisse oder die Interessen der Landesvertheidigung [1]).

---

[1]) Wir setzen diese Auffassung als anerkannt voraus, machen aber doch aufmerksam auf eine Kontroverse, die sich über die Auslegung dieses Artikels gebildet hat. Der dritte Absatz des Art. 14 sagt, wenn in der Folge „die Sicherheit des Bahnbetriebes und erweiterte Verkehrs-Bedürfnisse oder die Interessen der Landesvertheidigung" die Anlage etc. nothwendig machen, wird der Bundesrath die Gesellschaft auffordern, das Nöthige vorzukehren. Nun fährt aber Absatz 4 blos fort: Wenn der Bundesrath „im Interesse der Landesvertheidigung" solche Forderungen als dringlich erachtet, kann er „die sofortige Vollziehung anordnen". Für diesen Fall genügt also z. B. das Erforderniss der Sicherheit nicht. Und im *gleichen Alinea*, also eigentlich nur für die Interessen der Landesvertheidigung, folgt weiter das Entschädigungsversprechen: So-

Wir werden die Fälle leicht von den früheren unterscheiden können als solche, die eine kostspielige bauliche Veränderung erfordern. Doch das Gesetz macht noch eine weitere Beschränkung, es setzt nämlich voraus Anordnungen, welche „über die gesetzlichen und konzessionsgemässen Verpflichtungen der Gesellschaften hinausgehen. Es ist dies eine ausdrückliche Anerkennung der von uns aufgestellten Behauptung, *dass die Anforderungen der Sicherheit des Bahnbetriebes an bestehende Gesetze und Konzessionen* [1]) *nicht gebunden*

---

weit die „Anordnungen" des Bundesrathes über die gesetzlichen und konzessionsgemässen Verpflichtungen der Gesellschaften hinausgehen, sind diese durch den Bund zu entschädigen etc. Eine solche enge Auslegung kann aber unmöglich der Sinn dieses Passus sein, denn es wäre nicht einzusehen, warum für die Hülfe zur Landesvertheidigung Entschädigung bezahlt werden sollte, für die Befriedigung erweiterter Verkehrsbedürfnisse dagegen nicht, denn wenn im letzteren Falle ohne Zweifel sich auch die Einnahmen der Bahn bedeutend vermehren werden, so hat dies doch keinen Einfluss, weil ja alle Vortheile der Bahn ohnehin in vollem Maasse angerechnet werden. Wir wissen aber überdies, dass der Passus von „Soweit" an nicht im Entwurf des Gesetzes war, sondern erst in den Berathungen der Bundesversammlung hinzugekommen ist und werden darum ohne Zögern annehmen dürfen, es gehöre die Stelle in ein neues (fünftes) Alinea und sei durch einen redaktionellen Fehler dem vierten Alinea angehängt worden.

[1]) Die meisten Konzessionen gestatten den einspurigen Bau der Bahn und machen es vom Betriebsergebniss oder dem Entscheid der Kantonsregierung oder eines Schiedsgerichtes abhängig, ob ein zweites Geleise erstellt werden müsse. (St. Gallische Konzession für Rorschach-Romanshorn 1865, Art. 8; dieselbe für eine Bodenseegürtelbahn nebst Zweigbahn von Feldkirch nach Rütti, Art. 7.) Diese Bestimmungen sind dahingefallen durch Art. 14 des E.-B.-G., wonach nun dem Bundesrath allein die Kompetenz zusteht.

sein können, dass also lediglich ein Akt der Billigkeit, der Erhöhung des Gesellschaftskredits seitens des Gesetzgebers vorliegt. Es wäre darum auch u. E. der Schlusssatz des Artikels, „wobei aber der Vortheil . . .“ besser weggelassen worden, weil er den Schein erweckt, dass es sich wirklich um eine Schadloshaltung handle. Beim Berechnen einer „billigen“ und gerechten Entschädigung kommen solche Vortheile ja selbstredend in Berücksichtigung [1]).

VII.

Die Verpflichtungen gegenüber der eidgenössischen Post- und Telegraphenverwaltung.

Die Beziehungen der eidgenössischen Postverwaltung zu den Eisenbahnen entspringen zum grössten Theil dem Bundesgesetz über das Postregale vom 4. Brachmonat 1849. Durch die Bundesverfassung von 1848 Art. 33 ist das Postregal der Kantone an den Bund abgetreten worden. Durch dieses Bundesgesetz wurde der Betrieb des Regals normirt. In Folge dessen wurde der Post ausschliesslich vorbehalten:

[1]) Durch das Aufsichtsrecht des Bundes über die Sicherheit der Bahnen wird die kantonale Polizeihoheit keineswegs beschränkt. Die kantonalen Bauvorschriften und Polizeigesetze haben unveränderte Geltung. Ueber ihr Verhältniss zum E.-B.-G. gilt das unten betreffend die Steuergesetze Gesagte. (s. unten letzter Abschn.) (B.-Bl. 1876, II, 517; 1875, II, 478 f.)

a. Der Transport von verschlossenen Briefen,

b. der Transport von andern verschlossenen Gegenständen aller Art (Pakete, Gelder u. s. w.), wenn sie nicht über 10 Pfund schwer sind,

c. der regelmässige periodische Transport von Personen,

d. die Beförderung von Personen durch Extraposten.

Durch die Entstehung der Eisenbahnen trat an den Bund die Alternative heran, ob er die Betreibung dieses neuen Transportmittels auch zum Regal erklären wolle, oder aber seine Rechte aus dem Postregal preisgeben. Ein anderer Ausweg blieb nicht, denn durch das schnelle, billige und relativ viel sichere Transportmittel der Eisenbahnen musste der Personentransport der Posten sofort verdrängt werden. Der Bund entschloss sich, aus dem Eisenbahnbau kein Monopol zu machen und so fiel also der gesammte eisenbahnrechtliche Personentransport in die Hände der Privaten; es entstand für diese faktisch, wenn auch nicht rechtlich, ein Monopol der Personenbeförderung. In der Postkasse musste dadurch ein bedeutender Ausfall eintreten, denn gerade die einträglichsten Strecken, die Hauptverkehrsstrassen wurden von den Eisenbahnen okkupirt und die unwichtigen mussten von der Post dennoch weiter bedient werden. Für diesen Eingriff in ihre Rechte durfte die Eidgenossenschaft billigerweise von den Eisenbahnen eine Leistung verlangen.

Wenn auch der Eisenbahnbau der Privatthätigkeit überlassen wurde, so war er doch gerade wegen der Verletzung des Postregals an eine staatliche Erlaubniss (Konzession) gebunden. In dieser Konzession konnte

der Staat die Bedingungen festsetzen, durch die er seinen Ausfall in der Postkasse decken wollte. Als ein Eisenbahngesetz entstand, wurden die Grundsätze hier aufgenommen und nur noch abweichende Bestimmungen, besondere Rechte und Pflichten in die Konzessionen gesetzt, in der Absicht, dadurch für die betreffende Gesellschaft ein rechtlich geschütztes Privatrecht entstehen zu lassen.

Die Leistungen der Eisenbahnen sind normirt in Art. 19, 20 und 21 des Eisenbahngesetzes. Die Eisenbahnverwaltungen sind dem Bunde gegenüber zur unentgeltlichen Beförderung der Brief- und Fahrpost, insoweit der Transport derselben durch die Bestimmungen über das Postregal ausschliesslich der Post vorbehalten ist, verpflichtet. Für andere Fahrpostsendungen ist eine Vergütung zu bezahlen . . . Der Bundesrath kann für den regelmässigen periodischen Personentransport eine jährliche Konzessionsgebühr von fünfzig Franken für jede im Betrieb befindliche Wegstrecke von einem Kilometer erheben, wenn der Reinertrag der Bahn 4 % ist und darf bei 5 und 6 % auf 100, 200 Fr. steigen (s. z. B. E. A. S. VI, 469). Auf allen Stationen müssen der Post Lokale zu ihrer Benutzung unentgeltlich anwiesen werden (Art. 20). Wenn der Betrieb der Bahn durch Naturereignisse zeitweise unterbrochen wird, so ist die Verwaltung verpflichtet, die Beförderung von Personen und Posteffekten einstweilig auf andere Art zu besorgen (Eisenbahngesetz Art. 21). Wo diese Bestimmungen nicht genügen, sollen die Konzessionen ergänzend eintreten. Z. B. enthielt die Konzession der Touristenbahn von Interlaken nach Lauterbrunnen und Grindelwald den Satz, dass von der Gesellschaft auch im Winter die Brief- und Fahrpost mindestens in dem

Umfang der bisherigen Leistungen der eidgenössischen Postverwaltung zu befördern sei (B.-Bl. 1873, III, 193). Ebenso äusserte sich der Bundesrath betreffend einer Bahn Pontresina-St. Moritz-Samaden: Die Einstellung des Betriebes während der grössten Hälfte des Jahres könne nicht zur Folge haben, dass die eidgenössische Postverwaltung, welcher die Personenbeförderung während der günstigen Zeit durch die Bahn entzogen werde, ihre Funktionen während der todten Saison ohne weiteres wieder aufzunehmen hätte. Vielmehr sei die Gesellschaft zu verpflichten, während des ganzen Jahres die Post zu befördern. Dagegen wolle ihr allerdings die Postverwaltung, die an den Endstationen für ihren Dienst doch immer gerüstet sein müsse, diese Pflicht gegen eine angemessene Entschädigung abnehmen (B.-Bl. 1873, III, 780). Ferner B.-Bl. 1884, IV, 349: Es sei nicht daran zu denken, einer Drahtseilbahn (Biel-Magglingen) für den Posttransport eine Entschädigung zu geben.

Neben diesen ihrer Natur nach veränderlichen Gesetzesbestimmungen ist nun aber für das Verhältniss zwischen Eisenbahnen und Post in erster Linie massgebend ein *Vertrag* zwischen der schweizerischen Postverwaltung und den Verwaltungen der schweizerischen Eisenbahn-Konferenz betreffend die Beziehungen der Eisenbahnen zum Postdienst." Vom 4. März 1879 (E. A. S. N. F. V, 185 ff.)

Der Postvertrag fixirt die Pflichten der Eisenbahnen ausschliessend, zur Forderung eines Plus ist der Bund nicht berechtigt laut Vertrag. Dies Verhältniss könnte uns aber nicht befriedigen. Die Anforderungen des Verkehrs an die Post steigern sich fortwährend. Die Verwaltung kann die modernen Bedürfnisse nicht unbefriedigt lassen, sie wird vielmehr im allgemeinen In-

teresse bestrebt sein, den Postdienst stets in bester Weise zu besorgen.

Bedarf sie dazu einer Mehrleistung der Eisenbahnen, so sollen ihr nicht Gesetz und Vertrag hindernd entgegenstehen. Wenn *ein* Postwagen zur Beförderung der Postsachen nicht genügt, so muss sie eben die Einschaltung eines zweiten anordnen, trotzdem der Vertrag diesen Fall ausschliesst. Wenn gesteigerte Verkehrsbedürfnisse sogar die Beförderung der Post in besonderen Zügen nothwendig machen, werden trotz entgegenstehender Konzessionen [1]) diese Züge eingefügt werden müssen. Allein wo wirkliche Privatrechte entstanden sind, müssen wir dieselben auch anerkennen. Der Vertrag sagt ausdrücklich, dass nicht mehr als ein Postwagen unentgeltlich befördert werden muss, und die erwähnte Konzession gestattet, Posttransporte nur in gewöhnlichen Zügen vorzunehmen. Wenn die Postverwaltung ein Plus verlangt, werden wohlerworbene Privatrechte verletzt und darum auch der *Verletzende zu vollem Schadenersatz verpflichtet.* Wir müssen auch hier zugeben, *dass der Staat in seinem Gesetzgebungs- und Verordnungsrecht nicht beschränkt ist,* aber *wo er* selbst ein Maximum der Verpflichtungen der Gesellschaft anerkennt, da *beschränkt er sich selbst,* begeht also mit der Verletzung ein Unrecht und wird *schadenersatzpflichtig.*

Die Artikel 22 und 23 des Eisenbahn-Gesetzes

[1]) s. Konzessionsakt für eine Bahn Bern-Köschenbrunnen, 27. März 1857, Art. 26: „Die Verwaltung kann nicht gehalten werden, Posttransporte durch andere als ihre gewöhnlichen Züge zu befördern." E.-A.-S., IV, 32.

normiren die Beziehungen der Eisenbahnen zu der eidgenössischen *Telegraphenverwaltung.*

Das Telegraphenwesen ist ebenfalls Monopol des Bundes; es tritt aber die Telegraphie in so nahe Berührung zu den Eisenbahnen, trägt vor Allem so wesentlich zur Sicherheit ihres Betriebes bei, dass der Bund den Gesellschaften die Erstellung eigener Telegraphen gestattet und damit theilweise auf sein Monopol verzichtet. Er gestattet der Eisenbahn-Verwaltung, ausschliesslich für ihren Dienst längs der Bahn auf ihre Kosten *einen,* und wo das Bedürfniss es erheischt, *zwei* Telegraphendrähte und für diese in den Bahnhöfen und Stationen Telegraphenapparate anzubringen. Dafür lässt sich der Bund Gegenleistungen machen; er verpflichtet die Verwaltungen, unentgeltlich die Herstellung von staatlichen Telegraphenlinien längs der Bahn und auf dem dazu gehörenden Land zu gestatten, alle Reparaturen durch ihre Ingenieure beaufsichtigen zu lassen und die Dienstdepeschen der eidgenössischen Eisenbahn-, Post- und Telegraphenverwaltung durch die Bahntelegraphen zu übermitteln [1] [2]).

Die kantonalen Konzessionen nahmen meistens wörtlich den bezüglichen Artikel des Eisenbahngesetzes von 1852 auf. Seit der Normalkonzession lässt man es bei der Fixirung im Eisenbahngesetze bewenden.

---

[1]) Es ist rechtlich irrelevant, ob der Gesetzgeber von dem hier angedeuteten Standpunkte ausgeht, dass die Telegraphen als nothwendiges Bedürfniss den Eisenbahnen abgetreten werden müssen, und von diesen dafür Gegenleistungen gefordert werden dürfen, oder vom umgekehrten Standpunkt, wonach der Staat in seinen Konzessionen beliebig seine Anforderungen stellt und dann als Gegenleistung den Gesellschaften eigene Dräthe gewährt.

[2]) Meili, Das Telephonrecht, pag. 142 ff.

Für das Verhältniss der Eisenbahnen zur Telegraphenverwaltung ist also in erster Linie das Eisenbahngesetz entscheidend, das auch in diesem Falle nach der Natur der Sache eine veränderliche, von den jeweiligen Bedürfnissen abhängende Gestalt haben wird. Indessen sind gerade in unserem Eisenbahngesetze die Schranken weit genug gezogen, um eine Aenderung dieses Grundgesetzes unnöthig zu machen und so dürfte also *praktisch* der Schutz, den die Gesellschaften geniessen, genügen.

Theoretisch sind die Berechtigungen der Eisenbahn-Gesellschaften ebensosehr geschützt, aber wir müssen doch im Auge behalten, dass dieselben nicht durch Konzessionen, sondern lediglich durch das Eisenbahngesetz bestimmt werden und den Anspruch auf Schutz verloren haben, *wenn der Gesetzgeber sie für verwirkt erklärt.* Es hat aber der Gesetzgeber im *vorliegenden Falle ihre Existenz nicht garantirt* und hat auch für ihre Auflösung *keine Entschädigung* versprochen.

Die gleichen Rechtsverhältnisse wie beim Telegraphen finden wir auch beim Telephon. Wo auch dieses modernste Verkehrsmittel zum Monopol gemacht worden ist [1]), kann der Staat einen Theil der Rechte, die ihm daraus entstanden, an die Gesellschaft abtreten; wo er kein Monopol hat, kann er in Form einer Telephonkonzession ein exklusives Recht schaffen. In beiden Fällen steht es ihm frei, dafür auch seine Bedingungen zu setzen und Gegenleistungen zu verlangen.

[1]) Eine Uebersicht der Monopolisirung der Telephonie in den einzelnen Staaten giebt Meili, Das Recht der modernen Verkehrs- und Transportanstalten, S. 119—121.

VIII.

Die Stellung zur eidgenössischen Militärverwaltung.

Es bedarf keiner näheren Ausführung, dass die Eisenbahnen für militärische Zwecke von grundlegender Bedeutung sind, aber sie können ihre Mission im Ernstfalle nur erfüllen, wenn sie jederzeit in bester Weise gerüstet sind.

Die kantonalen Konzessionen bestimmen lediglich, dass kantonale (oder kantonale und eidgenössische) Truppen und Material zu herabgesetzten Preisen befördert werden müssen. Sie lehnen sich auch im Wortlaut an das Eisenbahngesetz von 1852 an. Das Gesetz von 1872 schuf eine neue Ordnung der Verhältnisse und seither ist auch die Aufnahme von Bestimmungen in die Konzessionen unterblieben. Eine solche wäre gerechtfertigt, wenn sie der Gesellschaft erhöhte Pflichten auferlegen soll, niemals aber, um dieselbe von gewissen gesetzmässigen Pflichten zu entbinden.

Unter den Gesetzes-Bestimmungen, die für alle Bahnen, auch für die von den Kantonen konzessionirten gelten, kommt in erster Linie in Betracht Art. 3, Abs. 2 des Eisenbahngesetzes, dass von der Bundesversammlung die Konzessionirung einer Bahn verweigert werden kann, welche die militärischen Interessen der Eidgenossenschaft verletzt (s. oben pag. 60 f.). Um einen solchen Fall handelte es sich bei der Konzessionirung einer kleinen Strecke von 2 km. als Fortsetzung der französischen Bahn von Chambéry an die französisch-schweizerische Grenze gegen Fernex (B.-Bl. 1874, III, 184). Nach einem Berichte des eidgenössischen Stabsbureau konnten in militärischer Beziehung für die Schweiz daraus Misslichkeiten entstehen. Der Bundesrath em-

pfahl in der Botschaft, dass bei eventueller Annahme eine Klausel aufzunehmen sei, dass die Gesellschaft keinen Anspruch auf Schadenersatz habe, wenn die Eisenbahn im Kriege beschädigt oder zerstört würde.

Wichtiger sind die Vorschriften der Art. 14, 24 u. 25 des Eisenbahngesetzes (s. Art. 206—216 der Militärorganisation).

Nach Art. 14, Abs. 3 kann der Bundesrath die Anlage eines zweiten Geleises, die Eröffnung neuer Stationen oder Erweiterung bisheriger oder andere derartige Verbesserungen verlangen, und zwar kann er im Interesse der Landesvertheidigung sofortige Vollziehung anordnen. Dagegen wird der Bund dafür in gewissen Fällen Entschädigung bezahlen. Wir haben über diesen Artikel genügend gesprochen in dem Abschnitte über die Sicherheit der Personen und Güter (s. oben pag. 97 ff.).

Artikel 25 statuirt die Pflicht, Militär, welches im eidgenössischen oder kantonalen Dienste steht, sowie Pferde, Material etc. um die Hälfte der tarifmässigen Taxe auf den gewöhnlichen oder ausserordentlichen Bahnzügen zu befördern. Für ganze Truppenkörper und Material kann die Beförderung durch die regelmässigen Schnellzüge nicht gefordert werden. Die Kosten für ausserordentliche Sicherheitsmassregeln beim Transport von Pulver und Kriegsfeuerwerk trägt die Eidgenossenschaft [1]).

Einen weitgehenden Eingriff in die Rechte der Eisenbahnen gestattet Art. 24 des Eisenbahngesetzes:

---

[1]) Reglement über die Militärtransporte vom 3. Nov. 1885 mit angehängtem Tarif vom 27. August 1886. A.-S., IX, 261—265; VIII, 366—423; E.-A.-S., VIII, Beilage.

Die Bundesbehörden sind berechtigt, für die Zwecke der Landesvertheidigung die Eisenbahnen und das gesammte Betriebsmaterial derselben in Anspruch zu nehmen und beliebig darüber zu verfügen. Der Bund wird für derartige Inanspruchnahme den Eisenbahn-Verwaltungen die den jeweiligen Verhältnissen angemessene Entschädigung verabfolgen etc. [1]). Ein speziell ernannter Oberbetriebschef für sämmtliche schweizerische Eisenbahnen übernimmt mit Beginn des Kriegsbetriebes das sämmtliche Personal und Material der Eisenbahn-Gesellschaften und verfügt darüber nach den Bedürfnissen der Heeresleitung. Das Verfügungsrecht der Gesellschaften ist suspendirt. Auch der Civiltransport, insoweit ein solcher überhaupt stattfinden kann, ist den militärischen Obern unterstellt. Alle Beamten und Angestellten bleiben bei der Bahn („sie dürfen vom Augenblicke des Kriegsbetriebes an den Dienst nicht mehr verlassen"), denn für diesen wichtigen, gefährlichen und schwierigen Dienst bedarf es Leute, die ihn kennen. Gewöhnliche Soldaten liessen sich nicht verwenden. Ebenso selbstverständlich ist es, dass wirklich *alle* Bahnen dem Oberbetriebschef unterstellt sind, auch die kleinsten und entlegensten Touristenbahnen, denn gerade solche haben die Mehrbedürfnisse an Personal, Material, Kohlen, Werkzeugen u. s. w. zu liefern.

Als Entschädigung erhalten die Eisenbahnen (in Ausführung von Art. 24 Eisenbahn-Gesetz) für die Transporte von Truppen, Kriegsmaterial und Bedürfnissen der Armee (wohl auch Liebesgaben), welche während des Kriegsbetriebes stattfinden, die Hälfte derjenigen

---

[1]) Vergl. Art. 207—215 M. O.: deutsches Reichsgesetz vom 13. Juni 1873 betreffend die Kriegsleistungen.

Taxen, welche für die gleichen Transporte im gewöhnlichen Betrieb festgesetzt sind (also 1/4 der Civiltaxen). Ebenso erhalten sie eine Entschädigung für den Schaden, der ihnen im Kriege erwächst [1] [2]).

Die Gründe für eine so einschneidende Massregel, wie sie der Kriegsbetrieb der Eisenbahnen darstellt, lassen sich leicht erklären durch die Bedeutung der Eisenbahnen für die Landesvertheidigung, die sich geradezu in eine Gefahr umwandeln könnte, wenn die Eigenthümer das Verfügungsrecht behalten würden.

Selbst diese umfassende Gewalt des Bundes ist werthlos, wenn nicht *in Friedenszeiten* die *Bahn in denjenigen Zustand gebracht und* darin erhalten wird, der sie befähigt, den Bedürfnissen des Krieges zu entsprechen. Um dies zu erreichen, müssen an die Gesellschaften noch grosse Anforderungen gestellt werden. Dem Bundesrath muss fortwährend Kenntniss gegeben werden vom Personal- und Materialbestand der Bahnen; er verlangt, dass auf allen Stationen Ausweichegeleise von genügender Länge hergestellt werden; ferner Einrichtungen für eine ordnungsmässige und schnelle Verladung von Personen, Pferden und Material (ordentliche Einsteigeplätze, Rampen, Brücken etc.); ferner die Einrichtung der Personen- und Güterwagen für den Kranken- und Verwundeten-Transport. (E. A. S. VI, 194, 199 ff. E. A. S. N. F. V. 85 ff. B.-Bl. 1883, II, 240 [binnen 12 Jahren werden alle Wagen so eingerichtet sein].

[1]) M. O., Art. 214, 215.

[2]) Das preussische Eisenbahn-Gesetz von 1838, § 43, enthält die Bestimmung, dass die Privatbahnen wegen Beschädigung oder Demolirung im Krieg, sei es auch durch befreundete Hand, niemals von dem Staat Schadenersatz beanspruchen können. Nur für Transporte wurde eine kleine Vergütung gewährt.

B.-Bl. 1884, II, 460, E. A. S. VIII. Beilage); ferner wäre wünschenswerth eine Instruktion der Beamten und Angestellten für die militärische Thätigkeit.

Wir fragen, woher der Bund das Recht nehme, solche Anordnungen zu treffen? Für einen Theil derselben stützt er sich, wie wir wissen, auf Art. 14 Abs. 3 ff. wo dem Bundesrath unbedingte Kompetenz für bauliche Veränderungen gegeben ist, wenn die Interessen der Landesvertheidigung in Frage kommen.

Dagegen sind Kontroversen denkbar in anderen Fällen. Zum Beispiel wenn der Bund vorschreiben würde, dass alle Wagen unentgeltlich zum Krankentransport eingerichtet werden müssen, würde er entschieden ohne Berechtigung in die Privatrechte der Gesellschaften eingreifen. Eine solche Massregel wäre also nicht statthaft. Und doch muss der Bundesrath dafür sorgen, dass im Kriegsfalle das Material bereit ist. Es kann dies nach Art. 24 und 29 des Eisenbahn-Gesetzes, indem er nicht die plötzliche Veränderung aller Wagen befiehlt, sondern vorschreibt, dass alle neu zu erstellenden Wagen und ebenso alle in Hauptreparatur befindlichen mit den geeigneten Vorrichtungen unentgeltlich versehen werden. Wenn dagegen die bestehenden Einrichtungen den gesetzlichen Anforderungen genügen, so kann eine Gesellschaft nur gegen Entschädigung zu Verbesserungen gezwungen werden.

Im vorliegenden Falle betreffend die Einrichtung der Wagen schreibt das Gesetz den allmäligen Uebergang zum amerikanischen System vor und überlässt es dem Bundesrath, diesen Uebergang zu verwirklichen. Wir kennen den Weg, den dieser eingeschlagen hat (s. oben pag. 63 f.), nämlich die gebührende Beobachtung der Rechte, die bis dahin den Bahnen zugestanden, denn

der Staat will keine Entschädigung bezahlen; er würde sich aber dazu verpflichten, wenn er diese Rechte verletzen wollte. Anders bei den Fällen des Art. 14 und in allen Fällen, wo es sich um wirkliche Landesvertheidigung handelt, nicht um blosse Vorbereitungshandlungen. Da ist *gesetzlich* das *Verfügungsrecht* des Bundes ein *ganz unbeschränktes,* aber im *Bewusstsein, dabei die Privatrechte, namentlich das Verfügungsrecht der Bahnen zu verletzen,* sieht er *gerechter Weise* eine angemessene *Entschädigung* vor.

Wir sehen also auch in diesem Abschnitt, dass die im allgemeinen Theil gegebene Theorie sich rechtfertigt, nämlich dass allerdings das *Verordnungsrecht des Bundesrathes innert den gesetzlichen Schranken ein freies, an keine Konzessionsbestimmungen gebundenes ist, dass aber das Prinzip der Billigkeit und Gerechtigkeit* jederzeit eingehalten wird, namentlich bei Verletzung wirklicher Privatrechte Entschädigung bezahlt wird.

IX.

Die Haftpflicht der Eisenbahnen [1]).

Wir werden in diesem Abschnitte uns nicht einlassen auf die Unterschiede zwischen der Haftung aus dem Transport-Vertrag bezüglich Waaren und der Haftung bei Tödtungen oder Verletzungen, ebensowenig

[1]) Eger, Reichshaftpflichtgesetz, III. Aufl. 1886. Endemann, Eisenbahnrecht, pag. 556, 571, 619, 677, 678, 690. Endemann, Die Haftpflicht der Eisenbahnen . . . bei Tödtungen und Körperverletzungen. Berlin 1876.

auf die hier in Betracht kommende Unterscheidung der Bau- und Betriebsperiode der Eisenbahnen, sondern lediglich die allgemeinen Grundzüge der Haftung aus kontraktlicher und aquilischer culpa und deren Ausdehnung auf andere Fälle in den Konzessionen und den Gesetzen aufsuchen und darauf gestützt untersuchen, inwieweit die Konzessionsbestimmungen noch Geltung haben.

Fast alle kantonalen Konzessionen treffen für die Bauzeit die Bestimmung, „dass für die Beschädigungen, welche an Gebäulichkeiten und Grundstücken zugefügt werden", Ersatz zu leisten sei. Dies durfte sich nun wohl nach den meisten Kantonsgesetzgebungen von selbst verstehen, und nur wo das nicht der Fall war, musste es im Interesse der Gesellschaft liegen, dass in der Konzession die Haftpflichtverhältnisse genau geregelt wurden.

Bald genug sah man ein, dass in den Haftpflichtbestimmungen vor Allem die öffentlichen Interessen gewahrt werden mussten und so kam eine vollständige Haftpflichtgesetzgebung zu Stande mit allgemein verbindlichen Grundsätzen. Die widersprechenden Konzessions- und Vertragsbestimmungen mussten dem Gesetze weichen. Man unterliess es darum auch seit Bestehen dieser Gesetze, weitere Haftpflichtsätze in die Konzessionen aufzunehmen.

Heute finden wir sodann auch die Grundsätze der Haftpflicht im Bundesgesetz betr. die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschifffahrtunternehmungen bei Tödtungen und Verletzungen, 1. Juli 1875. Daneben existirt noch für die Bauzeit der Bahn die gesetzliche Bestimmung, dass die Gesellschaft für nicht abzuwendende Beschädigungen an Grundstücken und Gebäulichkeiten Ersatz zu leisten habe.

Einen wesentlich schärferen Grundsatz für die Haftpflicht der Eisenbahnen, nämlich die Haftung für die Angestellten, bringt zuerst eine baselstädtische Konzession (Vertrag) aus dem Jahre 1843: (E. A. S. IV, 216): Die Gesellschaft haftet für den Ersatz der durch Vorschriftwidrigkeiten oder andere Fehler im Bau, Unterhalt oder Betrieb der Bahn oder durch Verschuldung oder Nachlässigkeiten ihrer Angestellten entstehenden Schadensfälle. — Auch diese allerdings vereinzelte Konzessionsbestimmung enthält wesentlich eine Ergänzung des gewöhnlichen Civilrechts, dessen mildere Formen für die Eisenbahnen nicht gelten können. Wenn aber dieses Civilrecht oder wenigstens ein Zweig desselben, das Eisenbahn-Recht, als ius cogens den Grundsatz der Haftung für die Angestellten aufnimmt, so werden die bestehenden Konzessionen demgegenüber bedeutungslos.

Aehnlich haben sich die Frachtgeschäfte früher nach den gewöhnlichen Regeln der Dienstmiethe oder des Werkvertrages gerichtet und nur vereinzelt finden sich Konzessionsbestimmungen, die einem späteren besonderen Frachtrecht vorangehen. Z. B. Aargau (E. A. S. VI, 208 und 235): „Die Gesellschaft haftet für alle Nachtheile, welche aus verspäteter Ablieferung der Waare entstehen, ebenso, reglementsmässige Verpackung vorausgesetzt, für Beschädigung und ganzen oder theilweisen Verlust der Waaren. Nur höhere Gewalt kann von dieser Haftpflicht befreien.“ Solche Bestimmungen können ihren Zweck nicht erfüllen, wenn sie nur vereinzelt in Konzessionen aufgestellt sind. Die öffentlichen Interessen erfordern die Regelung in allgemeinen, absolut verbindlichen Gesetzen.

Fragen wir nach dem Grunde, warum wir für die

Eisenbahnen strengere Haftpflicht verlangen, so ist es auch hier wieder wesentlich das öffentliche Interesse. Die Eisenbahn ist eine öffentliche Anstalt, sie hat sogar das thatsächliche Monopol der Personen- und Waarenbeförderung, das Publikum ist auf ihre Benutzung angewiesen und daraus rechtfertigt sich das Aequivalent der strengern Haftpflicht [1]).

Allein das Gewicht dieses Satzes liegt darin, dass diese Haftpflichtsätze wirklich von *absolut verbindlicher Kraft* sind, dass sie *nicht durch Konzessionsbestimmungen durchkreuzt werden können,* sondern gerade solche, falls sie beständen, aufheben würden. Es ist wiederum das thatsächliche Monopol, welches das Publikum der Gefahr aussetzt, von den Eisenbahnen in ihrem Interesse ausgenutzt zu werden. Der Versender oder Empfänger von Waaren wird, um sich die Gunst der Gesellschaften zu erhalten und stets gut bedient zu werden, leicht darauf eingehen, wenn von der Verwaltung verlangt wird, dass in einem Frachtvertrag die Bedingungen der Haftpflicht zu ihren Gunsten gemildert werden. Dadurch entsteht für das Publikum ein Zustand der Rechtsunsicherheit, denn sein Mitkontrahent ist stärker, er hat ein faktisches Monopol und kann dem Privaten bedeutenden Schaden verursachen, wenn er die Unterhandlung über die Bedingungen in die Länge zieht, so dass dieser nothgedrungen Alles akzeptirt.

---

[1]) Es ist heute fast allgemein anerkannt, dass die Eisenbahnen grundsätzlich ganz analog zu behandeln sind dem receptum nautarum, cauponum, stabulariorum, dessen naturgemässe Fortbildung sie darstellen. Vergl. Meili, Internationale Eisenbahn-Verträge, pag. 47, und Derselbe, Das Recht der modernen Verkehrs- und Transportanstalten, pag. 41 und 45; ferner auch Endemann, Haftpflicht, pag. 7 ff.

Zudem als rein äusserlicher Grund ist es bei der Massenhaftigkeit der abzuschliessenden Transportverträge unmöglich, in jedem Falle einen besonderen Vertrag aufzusetzen. Man muss sich vielmehr genau vorgeschriebener Formulare bedienen und die Bedingungen aus diesen in allgemein verbindliche Reglemente herübernehmen.

Aus den angegebenen Gründen, der naheliegenden Gefahr für die Uebervortheilung des Publikums ergibt sich für den Staat die Nothwendigkeit, in dieser strengen Weise für alle Fälle die Haftpflicht der Eisenbahnen zu regeln und den Kontrahenten die Vertragsfreiheit zu nehmen. „Der Kultus der Vertragsfreiheit, sagt Meili (a. a. O., pag. 47), würde hier zum Rechtsnihilismus ausarten.“ [1])

Zur Erreichung des angestrebten Zieles hat das Eisenbahngesetz von 1872 den Weg gebahnt, indem es in Art. 38 der Bundesgesetzgebung vorbehielt, Bestimmungen aufzustellen über die beiden Hauptzweige der Haftpflicht, nämlich:

1. über die Rechtsverhältnisse des Frachtverkehrs und der Spedition auf Eisenbahnen etc.;

2. über die Verbindlichkeiten der genannten Transportanstalten zum Schadenersatz für die beim Bau und Betrieb herbeigeführten Tödtungen und Verletzungen.

---

[1]) Auch die eidgenössische Post hat als Frachtführer für sich eine Sonderstellung eingenommen, aber statt als Inhaberin eines Monopols und als öffentliche Anstalt eine strengere Haft zu übernehmen, ist dieselbe im Gegentheil eingeschränkt. (Bundesgesetz über das Postregale vom 4. Brachmonat 1849.) Vergl. darüber Meili, Die Haftpflicht der Postanstalten (Leipzig 1877), ferner Reflexionen über das schweizerische Postrecht. Zeitschrift für schweiz. Recht, N. F., V., 47 ff., 62, und Meili, Das Recht der modernen Verkehrs- und Transportanstalten, S. 85.

„Alle Vorbehalte und Verfügungen der Gesellschaften in Reglementen oder Frachtbriefen, durch welche sie die Haftbarkeit ganz oder theilweise ablehnen, sind bis zum Erlasse des bezüglichen Bundesgesetzes dem Bundesrathe zur Genehmigung vorzulegen und fallen dahin, sobald der Bundesrath ihnen dieselbe versagt". Es spricht also das Gesetz selbst ausdrücklich den Grundsatz aus, den wir im vorigen aufgestellt haben.

Aber sogar die äussere Anlage dieses Artikels beweist, dass er auf alle schweizerischen Eisenbahnen Anwendung finden soll, auch auf die schon konzessionirten mit ihren durch Reglemente und durch die Frachtbriefe willkürlich und vertraglich festgesetzten Haftpflichtbestimmungen. Der Artikel steht im III. Abschnitt des Eisenbahngesetzes, am Schlusse der Bestimmungen über Einheit des Baues und Betriebes des schweizerischen Bahnnetzes und deutet an dieser Stelle an, dass die neuen Gesetze eine Vervollständigung dieser Grundsätze der Einheitlichkeit sein werden.

In Ausführung dieses Artikels entstanden nun das Haftpflichtgesetz, das Transportgesetz und das Transportreglement [1]).

Das Haftpflichtgesetz hat in einschneidender Weise die Regeln des gewöhnlichen Civilrechts verschärft. Es ist nicht unsere Sache, näher darauf einzutreten, dagegen

[1]) Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschifffahrtunternehmungen bei Tödtungen und Verletzungen vom 1. Juli 1875; Bundesgesetz betreffend den Transport auf Eisenbahnen vom 20. März 1875, und daran anschliessend das Transportreglement der schweizerischen Eisenbahnen (vom 1. Juli 1876 an gültig). — Vom S. O.-R., Art. 466 wurden für „die Frachtverträge" der Post und der Eisenbahnen ausdrücklich die besonderen Gesetze vorbehalten.

wollen wir immerhin die Grundgedanken desselben suchen.

Während des Baues einer Eisenbahn genügt die leichte Verschuldung der Unternehmung, um sie haftbar zu machen, wenn ein Mensch getödtet oder verletzt wird.

Beim Betrieb dagegen ist eine Verschuldung gar nicht nöthig. Die Gesellschaft haftet in jedem Fall, wenn sie nicht beweisen kann, dass der Unfall durch höhere Gewalt oder durch Versehen und Vergehen der Reisenden oder dritter bei der Transportanstalt nicht angestellter Personen ohne eigenes Mitverschulden der Anstalt, oder durch die Schuld des Getödteten oder Verletzten selbst verursacht worden ist.

Die Strenge dieser Bestimmung ruht darin, dass der Verletzte oder die Angehörigen des Getödteten nichts als das Faktum des Todes etc. zu beweisen haben. Im Uebrigen ruht die Beweislast auf dem Beklagten. Kann er höhere Gewalt oder Versehen von Dritten oder eigene Schuld des Klägers beweisen, dann ist er frei. Kann er aber nichts beweisen, weiss überhaupt Niemand, wie der Unglücksfall sich ereignet hat, dann haftet die Gesellschaft [1]).

Einen weitern Schutz des Verletzten beabsichtigte das Gesetz Art. 11 dadurch, dass es im Gegensatz zu Art. 30 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege den Richter befreite von der Gebundenheit an den von den kantonalen Gerichten festgestellten Thatbestand und ihn nach freier Würdigung des gesammten Inhaltes der Verhandlungen entscheiden liess.

---

[1]) Aus der grossen Zahl der bundesgerichtlichen Entscheide über solche Entschädigungsansprüche vergl. namentlich B. G. E. Bd. IV, 447; VII, 533; IX, 276; V, 590; IV, 673; V, 584; X 526; X, 131.

Indessen hat das Bundesgericht selbst in mehreren Fällen entschieden, dass der Art. 30 des Organisationsgesetzes nicht aufgehoben werde durch Art. 11 des Haftpflichtgesetzes, obschon dieses von 1875 und jenes von 1874 stamme[1]), es sei also auch bei Anwendung des Haftpflichtgesetzes an den von den kantonalen Gerichten festgestellten Thatbestand gebunden und dürfe auf eine erneuerte Prüfung der Beweisfragen nicht eintreten. Das Bundesgericht habe die bezüglichen Entscheidungen des Vorderrichters ohne weiteres seinem Urtheil zu Grunde zu legen und blos zu untersuchen, ob der Vorderrichter auf Grund der von ihm als erwiesen angenommenen Thatsachen die Rechtsfrage, d. h. die Frage, ob aus diesen Thatsachen ein Schluss auf eigenes Verschulden, grobe Fahrlässigkeit und dgl. gestattet sei, richtig beantwortet habe.

Wir halten diese Auffassung des Bundesgerichtes für zu eng, denn schon das spätere Entstehen des Haftpflichtgesetzes spricht dafür, dass der Gesetzgeber hier mit voller Ueberzeugung die alte Strenge des Organisationsgesetzes brechen wollte, dass er wenigstens einen Anfang machen wollte, um die längst allseitig gewünschte Revision des Art. 30 O.-G. vorzubereiten, welche dem Bundesgericht im Allgemeinen ein grösseres Mass von Freiheit in Beziehung auf die Würdigung des Thatbestandes einräumen sollte[2]) [3]).

---

[1]) B.-G. E., VIII, 99, 526, 784, 801: IX, 138, 187, 525.

[2]) Erismann, Praxis des Bundesgerichts über das Bundesgesetz vom 1. Juli 1875. Zeitschrift für schweiz. Recht, Bd. XXVI, pag. 54—56. Vergl. aber Meili, a. a. O., S. 59.

[3]) Es kann zur Bestärkung dieser Ansicht auch angeführt werden Art. 13 des Haftpflichtgesetzes vom 1. Juli 1875, welcher bestimmt: „Alle bundesgesetzlichen, kantonalgesetzlichen und

Das Haftpflichtgesetz statuirt die Haftung der Gesellschaft sowohl für ihre Angestellten, als für andere Personen, deren sie sich zum Betriebe des Transportgeschäftes, beziehungsweise zum Bau der Bahn bedient; die Gesellschaft hat aber Regressrecht.

Es haben auch die Hinterbliebenen des Getödteten, resp. Diejenigen, zu deren Unterhalt er zur Zeit des Todes verpflichtet war, Anspruch auf Ersatz.

Aus dem Transportgesetz heben wir nur hervor, dass es in ganz bestimmten Fällen gestattet, durch bundesräthlich genehmigte Reglemente die Verantwortlichkeit für Frachtgüter zu beschränken. Es werden nämlich verschiedene Rechtsvermuthungen aufgestellt, wonach der Kläger den Schaden selbst tragen muss, wenn ihm nicht der Gegenbeweis gelingt. Diese Beschränkung ist nicht im Stande, das von uns aufgestellte Prinzip zu durchbrechen, sondern vielmehr geeignet, den Rechtsschutz des Publikums zu vergrössern, indem nur reglementarisch vorgesehene Rechtsvermuthungen gültig sind.

Mit aller Strenge wahrt das Transportgesetz das Prinzip, dass es von absoluter Geltung sein soll. Transport-Gesetz Art. 55: „Alle bundesgesetzlichen, kantonalgesetzlichen und reglementarischen Bestimmungen, sowie Publikationen und Vereinbarungen, welche mit den Bestimmungen dieses Gesetzes im Widerspruche stehen, sind aufgehoben.“ Auch Vereinbarungen mit ausländischen Verwaltungen müssen in diesem Sinne innert bestimmter Frist abgeändert werden.

Der Staat kennt noch einen andern Weg, durch

---

reglementarischen Bestimmungen, sowie Publikationen und Vereinbarungen, welche mit den Bestimmungen dieses Gesetzes im Widerspruch stehen, sind aufgehoben.

seine Machtstellung für die durch den Eisenbahnbetrieb gefährdeten Personen einzutreten, nämlich die Unfallversicherung. In vereinzelten Fällen, namentlich zürcherischen Konzessionen, (E. A. S. VI, 438; VII, 165), ist bereits den Gesellschaften die Errichtung von Invalidenfonds u. drgl. auferlegt. Es ist eine verwaltungsrechtliche Frage, welches System das bessere sei, ob vielleicht sogar eine staatliche Unfallversicherung mehr zu empfehlen sei. Für uns ist es einzig von Bedeutung, dass dem Staat in dieser Beziehung ein freies, durch keine Konzessionen eingeschränktes Gesetzgebungsrecht zusteht. Er hat auf diesem Gebiete wichtige Fragen der Sozialgesetzgebung zu lösen [1]).

Als Ergebniss der Untersuchung finden wir auch hier wieder den Satz, dass *eine Eisenbahnkonzession nicht im Stande ist, den Konzessionär vor der Aenderung der Gesetze zu schützen, selbst wenn dieselben in seine Vermögensrechte eingreifen.*

Vor allem kann der Staat *durch nichts gehindert werden, Gesetze mit allgemein verbindlicher Kraft* zu erlassen, welche wesentlich dazu bestimmt sind, die öffentliche Ordnung, die persönliche und Rechtssicherheit aller Staatsangehörigen zu begründen und zu unterhalten. Handelt es sich dagegen um mehr pekuniäre Interessen, so sind in erster Linie wohlerworbene Rechte zu beachten und zu schützen und wenn der Staat durch andere Gründe dennoch genöthigt sein sollte, solche zu zerstören, so wird seine Gerechtigkeit auch einen Ersatz dafür bieten.

---

[1]) Endemann, Haftpflicht, pag. 9 f.

X.

Das Tarifwesen [1]).

Verschiedene Gründe verlangen die öffentliche Ankündigung der Transportbedingungen für die Eisenbahnen, d. h. *Tarife.*

Für's Erste wäre es bei der Massenhaftigkeit der abzuschliessenden Transportverträge unmöglich, in jedem Falle die Bedingungen besonders aufzustellen; die Berechnung nach festen Tarifen ist viel einfacher; es können die schriftlichen Urkunden zum Voraus angefertigt werden.

Zweitens verlangen wir von der Eisenbahn als öffentlicher Anstalt, dass alle Kontrahenten gleich behandelt werden, und dafür giebt es keine bessere Kontrole, als wenn ein Jeder vor Abschluss des Vertrages selbst die Höhe des Fahrt- oder Frachtpreises ersehen kann.

Drittens sind die Tarife ein Mittel für den Staat, die gemeinwirthschaftliche Ausbeutung des Transportmittels durchzusetzen gegenüber der privatwirthschaftlichen, und so die beständigen Schwankungen der Preise, die dem Verkehr äusserst schädlich sind, zu verhüten. Es sind ja die Eisenbahnen allerdings von Privaten betrieben und stellen ihrer Natur nach ökonomische Interessen in den Vordergrund, allein diesen Interessen treten die ebenso berechtigten Interessen der Oeffent-

---

[1]) Endemann, a. a. O., pag. 467 ff. Schott, in Endemann's Handbuch, III, 476 ff. Lehr, Eisenbahn-Tarifwesen. Berlin 1879. F. Ulrich, Eisenbahntarifwesen, Berlin, 1886. Haberer, a. a. O., pag. 50 ff. Wagner, Finanzwissenschaft, Bd. I. Sax, Verkehrsmittel, II. Laband, Staatsrecht, Bd. II, 370 ff. Meili, Das Recht der modernen Verkehrs- und Transportanstalten, S. 25—27.

lichkeit gegenüber, welche die Eisenbahnen als delegirte Unternehmungen, als eigentlich öffentliche Anstalten zu wahren haben.

Das Mittel, die Wahrung der öffentlichen Interessen durchzusetzen, bildet für den Staat wiederum die Konzession, so lange, als nicht ein Gesetz den einzig wünschenswerthen Zustand bringt, dass dem Staate das Tarifwesen vollständig unterstellt ist.

In der Schweiz kannte man ein Tarifbestimmungsrecht des Staates nicht, es blieb also nichts anderes übrig, als konzessionsweise Beschränkungen der privaten Willkür aufzustellen. Wie sehr man dabei bei den mächtigen und mit allen möglichen Privilegien ausgestatteten Gesellschaften auf Schwierigkeiten stossen musste, ist einleuchtend (s. oben pag. 38).

Die kantonalen Konzessionen enthalten nun übereinstimmend *ein Tarifmaximum* und zwar wird dies per Stunde und per Zentner Waare festgesetzt. Dieses Maximum kann durch schiedsrichterlichen Spruch erhöht werden, wenn es das Interesse der Bahn erfordert [1]), oder es kann herabgesetzt werden, wenn der Ertrag der Bahn gewisse Prozente erreicht; oder es kann dies Maximum von andern Thatsachen abhängig sein. Z. B. bestimmt eine St. Gallische Konzession für eine Anschlusslinie an die Vorarlbergbahn, 1869, Art. 19, die Konzessionäre seien ermächtigt, für den Personen- und Gütertransport diejenigen Maximaltaxen zu beziehen, welche auf den k. k. österreichischen Bahnen bezogen werden können, und die insbesondere für die

[1]) Vertrag über eine Eisenbahn im Wallis 1853, Art. 23; s. ferner besonders E.-A.-S., Bd. I—IV.

Bahnstrecken von der schweizerisch-österreichischen Grenze . . . . . festgesetzt werden. — Für die Frachtpreise der übrigen Gegenstände dürfen sie nicht höher sein als bei den Vereinigten Schweizerbahnen.

Abgesehen von diesen unbedeutenden Besonderheiten ist das Princip aller Konzessionen dasselbe. Sie enthalten eine Zusicherung des Staates, den Bezug von Fahrpreisen bis zur Höhe dieses Maximums zu gestatten. Bei der Bemessung desselben ist zu berechnen, welche Ansätze die Bahn beziehen muss, um existiren und einen mässigen Gewinn erzielen zu können. In zweiter Linie dürfen wir auch an andere Interessen denken, an diejenigen des Publikums, welche die Eisenbahnen zu berücksichtigen hat als öffentliche Anstalt. Das so gefundene Maximum ist nun zugleich das Minimum für die Berechtigungen des Publikums. Dies kommt im Weiteren zu Geltung, wenn der Gewinn der Gesellschaft sich vermehrt, denn jetzt soll eine entsprechende Reduktion der Tarife eintreten.

Bis zur Höhe des konzessionsmässigen Maximums dürfe die Gesellschaft beliebige Fahrt- und Frachtpreise beziehen, sagten wir. Der Staat hat von seinem Einwirkungsrechte dadurch Gebrauch gemacht, dass er dieses Maximum festsetzte. Nun aber zeigt sich die Gesellschaft wieder in ihrer ursprünglichen Natur, mit der Berechtigung zum Betriebe eines Privatgewerbes in ihrem eigenen Interesse, resp. demjenigen der Aktionäre. Wir betrachten es als *Existenzfrage der Gesellschaft, dass ihr nicht beliebig die Tarife herabgesetzt werden können.* Sie hat ein unbestreitbares, durch die Konzession gegebenes Recht auf den Bezug der festgesetzten Taxen. Dies Recht steht ihr zu als wahres Privatrecht, vom Staate durch hoheitlichen Akt verliehen.

Es lässt sich kein Entzug dieses Rechtes ohne Entschädigung rechtfertigen, denn es handelt sich nicht um persönliche oder öffentliche Sicherheit, nicht um polizeiliche Anordnungen, denen sich jeder ohne Besinnen unterziehen muss, sondern lediglich um ökonomische Interessen, die durch Entschädigung erkauft werden müssen.

Wir dürfen ohne Gefahr diese Theorie vertheidigen, denn praktisch werden sich die Verhältnisse in den meisten Fällen von selbst zu allseitiger Zufriedenheit gestalten, indem sich hier ein günstiger Einfluss des sonst sehr problematischen Konkurrenzprinzipes zeigt. Eine neu entstandene Bahn wird, bis sie erstarkt ist, meistens die höchstmöglichen Tarife aufstellen. Sobald sich aber der Einfluss konkurrirender Linien geltend macht, bleibt ihr kein anderes Mittel übrig, als durch Tarifreduktion den Verkehr an sich zu ziehen. Die verschiedenartigen Tarifirungsprinzipien beruhen auf dem Streben, durch künstliche Kombination verschiedener Tarifsysteme stets die billigsten Tarife aufstellen zu können.

Allein nicht nur auf die Erreichung niedriger Tarife hat der Staat als Wahrer der öffentlichen Interessen sein Augenmerk zu richten, sondern namentlich auf die *Einheitlichkeit* der Tarife, insbesondere der Gütertarife. Diese Einheitlichkeit wird seit den Anfängen der Eisenbahn-Gesetzgebung von Staatsmännern und Kaufleuten stets als erstes Ziel im Tarifwesen bezeichnet, sie ist von wahrhaft grundlegender Bedeutung für den ganzen Verkehr eines Landes und wird sogar auf internationalen Konferenzen zur Durchführung angestrebt.

In der Schweiz hat die Tariffrage seit vielen Jahren die Aufmerksamkeit der Bundesbehörden auf sich gelenkt. Alljährliche Motionen in den Räthen und Bitten beim Bundesrath veranlassten diesen, die Frage zu untersuchen, ob er berechtigt sei, dem Drängen nachzugeben und *von sich aus ein einheitliches System durchzuführen.* Er ist stets zu einem negativen Resultate gekommen. (B.-Bl. 1884, II, 463 ff.).

Die Wichtigkeit der Frage nöthigt uns, die Bedenken des Bundesrathes zu erwägen.

Der Bundesrath stützt sich auf Art. 35 No. 1 Eisenbahn-Gesetz: „Die Tarife müssen sich innerhalb der in den Konzessionen bezeichneten Schranken bewegen." Dies ist der erste Gesichtspunkt für die Kontrole, die der Bundesrath auszuüben hat. Das Gesetz (Art. 35 Abs. 1) schreibt vor: „Dem Bunde steht die Kontrole über das Tarifwesen zu. Er hat das Recht der Einsichtnahme von sämmtlichen hierauf bezüglichen Akten und Verträgen der Bahnverwaltungen", und es zählt im Folgenden die Punkte auf, welche bei dieser Kontrole namentlich zu berücksichtigen sind.

Dieser Gesetzestext ist in voller Uebereinstimmung mit der Theorie, die wir gefunden haben. Wenn die Konzession ertheilt ist, hört das materielle Einwirkungsrecht des Staates auf; es bleibt ihm einzig das Aufsichtsrecht über die Bahn als öffentliche Anstalt, die Kontrole, die sich auf die Einsichtnahme von den Akten und Verträgen bezieht [1]).

---

[1]) Laband, Staatsrecht, Bd. II, 370 ff. für die deutschen Eisenbahnen: Art. 45 der Reichsverfassung überträgt dem Reiche die Kontrole über das Tarifwesen. Dass dem Reiche die Normirung der Tarife zustehe, sage der Artikel nicht; noch viel weniger, dass der Bundesrath oder der Kaiser den Eisenbahn-

Im Uebrigen aber hat der Staat auf seine Rechte verzichtet; der Gesellschaft allein kommt es zu, innerhalb der konzessionsmässigen Schranken, innerhalb des Maximums die Tarifirungen vorzunehmen [1]). Wir sagten schon oben, dass dieses Recht mit dem geschäftlichen Interesse der Unternehmung im innigsten Zusammenhang steht und namentlich da von grosser Bedeutung ist, wo die Gewinnung eines Verkehrs von dem Erfolge eines Konkurrenzkampfes abhängt. Haberer findet eine selbstverständliche Begrenzung dieses wichtigen Rechtes in der Verpflichtung der Eisenbahn-Verwaltung, einen herabgesetzten Tarif oder eine sonstige Vergünstigung Jedermann einzuräumen, wenn sie auch nur eine bestimmte Gegend oder einen bestimmten Industriezweig vortheilhaft treffen sollten.

Der Bundesrath hat sich zu verschiedenen Malen dahin ausgesprochen, dass dieses Recht der Eisenbahn-Verwaltungen unantastbar sei. Z. B. B.-Bl. 1883 Bd. IV, 482: „Was die Rechte der Bahngesellschaften anbelangt, so ist der Staat, wie immer man auch das durch die Konzessionen begründete Verhältniss betrachte, in Bezug auf die von ihm gemachten Zusagen genau ebenso ver-

---

Verwaltungen die Tarife vorschreiben dürfe. Die Kontrole enthalte lediglich die Befugniss, von den bestehenden Tarifen in Kenntniss gesetzt zu werden, und die Ueberwachung der Innehaltung aller darüber bestehenden Vorschriften. Dadurch geschehe für die Vereinheitlichung des Tarifwesens allerdings wenig, und es müsse auf andere Weise das Reich seinen Einfluss auf die Tarifpolitik ausüben. — In den Verhandlungen des Reichstages machten mehrere Abgeordnete die Ansicht geltend, dass die blosse Kontrole keineswegs auf einen Zwang gegenüber den Eisenbahnen hinauslaufen könne.

[1]) Endemann, a, a. O. § 100. Haberer, a. a. O., pag. 50.

pflichtet wie die Gesellschaft in Bezug auf die ihrigen; die Gesellschaften sind nicht blos befugt, innert den Maximalgrenzen die Taxen beliebig festzustellen, sondern sie haben auch das Recht, sich in Bezug auf die Waarenklassifikation und die übrigen Verhältnisse, von denen die Tarife bedingt sind, an die Vorschriften der Konzessionen zu halten, wobei die im Eisenbahn-Gesetz dem Bund eingeräumten Aufsichtsrechte..... vorbehalten bleiben". (eodem pag. 522) dem Bunde fehlen alle rechtlichen Mittel, zur Einheit in Waarenklassifikation und Taxen zu gelangen, denn die den Gesellschaften ertheilten Konzessionen geben jeder einzelnen Verwaltung die Befugniss, ihre Taxen innert den konzessionsgemässen Grenzen nach Gutfinden für jede Linie festzustellen und innert den gesetzlich vorgesehenen Formen und Fristen wieder beliebig abzuändern. Der Bund habe ausschliesslich das Recht zu verhindern, dass höhere als die konzessionsgemässen Taxen bezogen werden. „Eine gesetzliche Aenderung dieses Verhältnisses, welches als der wesentliche Missstand bezeichnet werden muss, ist gegenüber den Zusagen, welche der Bund in den Konzessionen gemacht hat, nicht zulässig und die völlige Einheit im Tarifwesen erscheint *nur auf dem Wege der Uebernahme der Bahnen durch den Bund erreichbar*"[1]).

Die ständeräthliche Kommission betreffend Tarifwesen der schweizerischen Eisenbahnen (Cornaz) (B.-Bl. 1885 I, pag. 29 ff.) gelangt zu derselben Ansicht, weil sie die Konzessionen als Verträge betrachtet, und betont im Weiteren namentlich, dass die alten Aufsichtsrechte

---

[1]) s. ferner B.-Bl. 1884, II, 463; 1883, IV, 461 ff.; 1884, III, 42 ff.

der Kantonsregierungen mit dem Eisenbahn-Gesetz von 1872 weggefallen sind und dieselben nun einzig dem Bundesrathe zustehen.

Nur eine Stimme machte sich geltend, welche die zwangsweise Einführung neuer Tarife durch den Bundesrath empfahl. Das ist der Bericht der nationalräthlichen Kommission über die Reformtarife von C. Cramer-Frey (B.-Bl. 1884, III, 42). Er sagt, dass die Eisenbahnen allerdings in den letzten Jahren viel gethan hätten zur Vereinheitlichung des Tarifwesens, aber der grossartige und von Niemandem geahnte Umschwung in den wirthschaftlichen Verhältnissen im Allgemeinen und den Verkehrsverhältnissen im Besonderen habe die strikte Aufrechterhaltung der ursprünglichen Bestimmungen der Konzessionen unhaltbar gemacht. Veränderungen zu Gunsten und zu Lasten der Bahnen seien nothwendig geworden und durch den öffentlichen Charakter derselben auch gerechtfertigt.

Die Ansicht des Bundesrathes kennen wir; er behielt dieselbe bei und so konnte also nur durch freiwilligen Beitritt der einzelnen Gesellschaften die Einheitlichkeit eines schweizerischen Gütertarifsystems, nämlich die Einführung der deutschen Reformtarife, erreicht werden [1]).

Bei der hohen Bedeutung, welche das Tarifwesen für die ganze Entwicklung des Verkehrs einnimmt, kann de lege ferenda selbstredend kein anderes Prinzip empfohlen werden, als die vollständige Regelung von Tarifsystem und Tarifhöhe durch den Staat. Es ist dies prinzipiell anerkannt, aber praktisch nicht durchgeführt

---

[1]) B.-Bl., 1883, IV, 461; 1885, II, 410; 1886, I, 658.

worden in England. Cohn [1]) anerkennt den Staat allein als fähig und berechtigt, die Tarife zu machen. Die Tarife müssen sich auch nach den jeweiligen Erfordernissen des Verkehrs richten, und um dies zu erreichen, ist das einzige Mittel: eine periodische Revision der Konzessionsklauseln. Er schreckt keineswegs davor zurück, durch eine solche Revision, selbst wenn sie konzessionsweise nicht vorgesehen ist, die in der Konzession gewährten Tarifmaxima zu reduziren, und so ein unzweifelhaftes Privatrecht zu verletzen. „Es wäre erstens sehr wohl denkbar, dass im öffentlichen Interesse eine Revision Platz griffe, die in dem eigentlichen Hauptpunkte des fraglichen Privatinteresses nichts änderte oder herabminderte, indem sie nämlich den Reingewinn nicht schmälerte; es wäre zweitens aber eine Schmälerung des Reingewinns, wenn dieser etwa eine exorbitante

[1]) Cohn, Untersuchungen, Bd. III, pag. 55. In England enthalten die Konzessionen in einzelnen Fällen keine Tarifmaxima. pag. 121: wo solche bestehen, kann sie das Parlament reduziren. pag. 84: „Die bisherigen Betrachtungen über das dem Eisenbahn-Tarifwesen zu Grunde liegende Prinzip haben nun wohl dahin geführt, — und dahin sollten sie nach einer längst bei mir befestigten Ansicht führen, — dass aus den verschlungenen Einzelheiten des Tarifwesens heraus sich eine einzige Lösung darbietet, dass wie mit tausend Fingern aus all diesen Wirrnissen und Klagen auf eine einzige Abhilfe gedeutet wird, — auf den Staat als den allein befähigten und berechtigten Ordner dieser Angelegenheiten.

Die vielen Verlegenheiten des englischen Eisenbahnsystems haben dieses dadurch bekundet, dass man in Ermangelung einer angemessenen staatlichen Behandlung der Sache sich zeitweilig mit einem technischen Spezialtribunal des Staates zu behelfen sucht, welches von Fall zu Fall entscheidet, was ein richtiger Frachtsatz ist.“ Bei so grossartigen und wichtigen Dingen kann man sich nicht mit der Täuschung trösten, der Instinkt der privaten Interessen thue dafür das Erforderliche.

Höhe erreichte, aus der Analogie der sonstigen Gesetzgebung insoweit zulässig, als mit dieser Massregel die schon oben entgegengesetzte, prinzipiell gleichartige korrespondirte, dass die Regierung einer nothleidenden Eisenbahn-Gesellschaft die zu niedrigen Maxima ihres Pflichtenheftes entsprechend zu erhöhen pflegte. Dem einseitigen Manne des Privatrechtes und der positiven Jurisprudenz erscheint das letztere unbedenklich und ohne Konsequenz für das erstere, während ihm dieses als eine Antastung erworbener Rechte erscheint. Aber die erworbenen Rechte werden nicht blos von Einzelnen, sondern auch vom Staate erworben, d. h. von allen den andern Einzelnen, die hierbei der Staat vertritt: darf also mit Rücksicht auf die veränderten Umstände das erworbene Recht des einen Theils geopfert werden, so darf es auch das erworbene Recht des andern Theils.“ (S. oben pag. 46).

So sehr diese Theorie von *Cohn praktisch zu rechtfertigen ist,* so ist sie doch *nicht haltbar nach den strengen Grundsätzen des Rechts,* welches verlangt, dass *wirkliche Privatrechte geschützt werden.* Die gegenwärtige Eisenbahngesetzgebung lässt es als absolut *unzulässig* erscheinen, dass der Staat das Tarifwesen beeinflusse, soweit sich die Gesellschaft *in den konzessionsmässigen Grenzen* hält, und es ist darum eine Aenderung nur möglich *unter anderen gesetzlichen Grundlagen* [1]).

Auch diese höchst wichtige Frage des Eisenbahntarifwesens drängt zu ihrer vollständigen Lösung auf die *Verstaatlichung der Eisenbahnen.*

---

[1]) Vergl. auch Meili, a. a. O., S. 23.

XI.

Die Steuerverhältnisse der Eisenbahnen.

Die ungeheuren Kapitalien, welche zur Gründung eines Eisenbahnnetzes erforderlich sind, hatten im Jahre 1852 die schweizerischen Behörden veranlasst, vom Bau von Staatsbahnen abzusehen und ihr Zustandekommen der Privatthätigkeit zu überlassen. Die Eisenbahnhoheit verblieb bei den Kantonen.

Bald genug sahen die Kantonsregierungen [1]) den Nutzen des neuen Verkehrsmittels ein. So strebten sie mit allen Mitteln darnach, dessen theilhaftig zu werden und suchten sich gleichsam durch günstige Bedingungen zu überbieten. In erster Linie übertrug der Staat den Gesellschaften die Ausübung eines Theiles seiner Hoheitsrechte, z. B. Expropriationsrecht, Polizei etc. Daneben aber leistete er auch finanzielle Beiträge. Dies kann auf drei Arten geschehen, entweder durch direkte Geldunterstützung, Subvention [2]), oder durch Uebernahme einer Zinsengarantie oder endlich durch Befreiung von gewissen, resp. von allen gewöhnlichen Steuern [3]). Die zweite und dritte Art sind nicht zu empfehlen, weil sie dem Staate Ausfälle verursachen, die er in der Regel auf andere

---

[1]) Den Kantonen blieb es freigestellt, Staatsbahnen zu bauen, allein es wurde nur vorübergehend und für kleine Strecken (z. B in Freiburg und Bern) von diesem Rechte Gebrauch gemacht.

[2]) Auch Lieferung von Bauholz etc. Siehe namentlich Walliservertrag 1853.

[3]) B.-Bl. 1871, II, 701. Bluntschli, Rechtsgutachten, pag. 1—16. Sommaruga, Besteuerung der österreichischen Eisenbahnen. Sax, Verkehrsmittel, II. Bd. Weitere Citate bei Meili, a. a. O., S. 18.

Art [1]) von derselben Gesellschaft wieder einbringen muss, und vom politischen Standpunkt aus sind sie zu verwerfen, weil sie eine ungleiche Stellung vor dem Gesetze schaffen.

Von den schweizerischen Kantonsregierungen wurden alle drei Unterstützungsarten angewendet, und zwar meistens kombinirt. In den zahlreichsten Fällen finden wir auch die Steuerprivilegien.

Auch der Bund hat früher den Eisenbahnen gewisse vorübergehende Zollfreiheiten gewährt.

Die kantonalen Konzessionen, im Wesentlichen übereinstimmend, zeigen kleine Differenzen in Bezug auf die Objekte, auf welche sich die Steuerfreiheit bezieht, indem diese mancherorts mehr oder weniger beschränkt ist. Wir können gewisse Kategorien unterscheiden. Erstens die von Vermögens- und Erwerbssteuer befreiten. Als Beispiel siehe eine zürcherische Konzession für Winterthur-Frauenfeld, 1852, Art. 15: „Die Eisenbahngesellschaft als solche ist sowohl für ihr Vermögen als für ihren Erwerb in Folge des Betriebes der Bahn von der Entrichtung aller Kantonal- und Gemeindesteuern befreit. Diese Bestimmung findet jedoch auf Gebäulichkeiten und Liegenschaften, welche sich, ohne eine unmittelbare und nothwendige Beziehung zu der Eisenbahn zu haben, in dem Eigenthume der Gesellschaft befinden möchten, keine Anwendung. E. A. S. I, 227. Gleichlautende und ganz ähnliche Bestimmungen finden sich in Konzessionen von Zürich E. A. S. I, 298. Schaffhausen I, eod. 279. Thurgau I, eod. 245. St. Gallen I, eod. 331 und 364. Graubünden I, eod. 343. Neuenburg E. A. S. II,

[1]) z. B. wie in Oesterreich durch direkte Steuern der verschiedensten Art.

200. Zürich II, 52. Thurgau II, 122. Tessin II, 147. Bern II, 246. Aargau III, 86. Neuenburg III, 181. Luzern III, 217. Zug III, 255. Bern III, 330. Bern IV, 50.

Eine zweite Gruppe von Konzessionen gewährt Steuerbefreiung blos für die Kapitalanlagen der Gesellschaft, nicht für den Erwerb. Z. B. Konzession der Centralbahn in Baselland (E. A. S. I, 163): „Die Aktiengesellschaft als solche soll für die Bahn selbst, die Bahnhöfe und alle Gebäude und Liegenschaften, welche zum Bahnbetrieb nothwendig sind, und mit dem Bahnkörper in unmittelbarer Berührung stehen, sowie für das Betriebsmaterial, nicht in kantonale, noch in Gemeindebesteuerung gezogen werden dürfen".

Ebenso siehe Konzession von Aargau E. A. S. I, 212, II, 175, Bern I, 85, Solothurn I, 138, Basel-stadt I, 189.

Noch mehr Einschränkung zeigt eine dritte Gruppe: „Die Gesellschaft hat von dem Grund und Boden, den die Eisenbahn einnimmt, weder Staats- noch Gemeindeabgaben zu entrichten." Sonst steht sie unter dem allgemeinen Gesetze und kann auf keine exceptionelle Weise besteuert werden. Waadt E. A. S. II, 34, III, 52.

Endlich verwirft eine vierte Gruppe die Steuerprivilegien gänzlich. Es sind die Westkantone, die im Anschlusse an das französische System die Subvention und Zinsengarantie vorziehen. So bestimmt Genf (E. A. S. III, 144): „hinsichtlich der Steuern unterliegt die Gesellschaft dem gemeinen Gesetze und sie darf nicht ausnahmsweise besteuert werden." Freiburg (E. A. S. III, 160) gewährt nur Subvention und Wallis (E. A. S. III, 29) neben einer Subvention den zollfreien Eingang des ganzen Betriebsmaterials und aller auf die Walliser Eisenbahn bezüglichen Lieferungen.

Mit dem Uebergang der Eisenbahnhoheit auf den Bund finden sich in den Konzessionen keine solchen Bestimmungen mehr; auch die Normalkonzession sieht einen solchen Artikel nicht vor. Der Grund liegt darin, dass die Regelung der Steuerverhältnisse als Hoheitsrecht *den Kantonen verblieben ist.*

Dies ergibt sich aus Art. 6, Abs. 3, Eisenbahngesetz: „Soweit durch gegenwärtiges Gesetz die staatshoheitlichen Rechte von den Kantonen an den Bund übergehen, sind die Bestimmungen desselben auch für die bisher von den Kantonen ertheilten Konzessionen massgebend", und Art 41: „Die in den bisherigen Konzessionen von den Kantonen vorbehaltenen Rechte bleiben, soweit sie durch gegenwärtiges Gesetz nicht dem Bunde übertragen oder mit dessen Bestimmungen im Widerspruche sind, unter Vorbehalt der Bestimmungen von Art. 6 unverändert in Kraft". Der Sinn dieser beiden Artikel ist, dass der Bund alle Rechte, die ihm nach dem Eisenbahngesetz von 1872 zustehen, nicht nur den von ihm konzessionirten, sondern allen, auch den von den Kantonen konzessionirten Eisenbahngesellschaften gegenüber ausüben darf. Wo dagegen das Gesetz von 1872 nicht eingegriffen hat, da verbleiben die hoheitlichen Rechte den Kantonen. So hat sich der Bund niemals die Polizeihoheit angeeignet, sondern sie verbleibt den Kantonen, soweit sie nicht durch die Bahnpolizei ersetzt wird; ebenso unterliegen die Steuerverhältnisse den kantonalen Gesetzen. Es ist dies auch vom Bundesrathe nie bezweifelt worden. Er machte diesen Standpunkt geltend, als für die Konzession der Bahn Thun-Konolfingen der Zusatz verlangt wurde, dass die konzessionirte Bahn der Besteuerung durch Kanton und Gemeinden erst unterliege, wenn ihr Reinertrag 5% erreiche; da

erklärte er in seiner Botschaft (B.-Bl. 1873 II, 920), dass er diesen Zusatz weglassen müsse, weil der Bund, welcher ja die Konzession ertheilt, nicht ein Recht einräumen, respektive eine Pflicht auferlegen kann, worüber der Kanton allein zu entscheiden hat. Es müsse den Konzessionspetenten und der genannten Regierung (Bern) überlassen werden, ausserhalb des Rahmens des Konzession den angestrebten Zweck nach Massgabe der bernischen Kantonalverfassung resp. Gesetzgebung zu verfolgen.

Ebenso urtheilte der Bundesrath, als die Regierung von St. Gallen in eine Konzession die Bestimmung aufnehmen lassen wollte, dass die Unternehmung wie andere anonyme Gesellschaften besteuert werde (B.-Bl. 1873, II, 1111; s. auch B.-Bl. 1873, IV, 609).

Nach dem Gesagten entscheidet sich auch die Frage, ob die konzessionsmässigen Privilegien wieder aufgehoben werden können nach kantonalem Recht.

Vor allem ist klar, dass ein Steuerprivilegium ein wirkliches Privatrecht begründet [1]), dass es den Schutz wohlerworbener Rechte geniesst. Aendert ein Staat seine Steuergesetzgebung, so fällt es als Ausnahmegesetz nicht ohne Weiteres dahin, sondern es bedarf der ausdrücklichen Aufhebung. Es kann ja allerdings jedes Privilegium so wie es ertheilt worden, auch wieder aufgehoben werden, allein *nur in absolut zwingenden Fällen wird der Staat zu einer solchen Aufhebung wohlerworbener Rechte schreiten* und wird zudem in den meisten Fällen das *Gerechtigkeitsgefühl ihn veranlassen,* dafür einen Ersatz, eine *Entschädigung zu*

[1]) Rüttimann, Rechtsgutachten, pag. 13. Bluntschli, Rechtsgutachten, pag 14.

geben. Durch eine gewöhnliche Aenderung der Steuergesetzgebung wird allerdings mancher Steuerzahlende mehr belastet als früher, allein hier hat er kein Recht, sich zu beklagen, denn der Staat ist ja in seiner Gesetzgebung vollkommen frei. Durch ein Steuerprivileg hat dagegen der Berechtigte die ausdrückliche Zusicherung erhalten, sein verliehenes Recht zu geniessen und zwar nicht etwa für die Dauer des geltenden Gesetzes, sondern für die Dauer des Privilegs und als solche müssen wir die Konzessionsdauer annehmen.

Wir kennen über diese Materie einen Entscheid des Bundesgerichtes [1]). Artikel 8 der urnerischen Konzession vom 27. Juni 1869 giebt der Gotthardbahn ein Steuerprivilegium. Zugleich wurde 1875 dieses Steuerprivilegium in Art. 12 des urnerischen Steuergesetzes aufgenommen. Dieses Privileg sollte nun aufgehoben werden durch einen Landsgemeindebeschluss vom 2. Mai 1880, welcher erklärte, es sei Art. 12 des Steuergesetzes betreffend Steuerbefreiung der Gotthardbahn zu streichen. Das Bundesgericht entschied, es sei durch Art. 8 der Konzession für die Gesellschaft wirklich ein konkretes Privatrecht begründet worden. Es frage sich also nun, ob durch den Landsgemeindebeschluss vom 2. Mai 1880 diese Konzessionsbestimmung aufgehoben worden sei oder nicht. Es sei dies offenbar nicht geschehen, denn der Landsgemeindebeschluss erkläre nur, dass Art. 12 des Steuergesetzes zu streichen sei; von diesem Artikel hänge aber das Privilegium der Gotthardbahn nicht ab. Selbst wenn durch den Landsgemeindebeschluss Art. 11 des Steuergesetzes hätte aufgehoben

---

[1]) B. G. E., XII, 714 ff., Uri contra Gotthardbahn; ferner VIII, 359.

werden können, so wäre dadurch das Steuerprivileg der Gotthardbahn nicht beseitigt. Allein nicht einmal jene Aufhebung des genannten Art. 12 sei im vorliegenden Falle nach der urnerischen Verfassung rechtsgültig gewesen [1]).

Es liesse sich noch die Frage aufwerfen, ob nicht der Vorbehalt der Kantonalgesetze genüge, um ein Privileg bei Gesetzesänderung als von selbst aufgehoben zu betrachten, allein auch dies müssen wir verneinen, denn ein Privileg ist eben ein Ausnahmsgesetz und hat seine Geltung neben den übrigen Gesetzen.

Wir können als Resultat der Untersuchung für diesen Abschnitt folgendes aufstellen: Die Kantone suchten durch Steuerprivilegien die Entwicklung des Eisenbahn-Wesens zu fördern. Dadurch, dass diese Privilegien in die Konzessionen kamen, hatten sie in Ermangelung einer abweichenden Bestimmung als wohlerworbene Privatrechte so lange Geltung, als die Konzession selbst gelten sollte. Die Aufhebung wohlerworbener Rechte durch ein neues Gesetz ist freilich nicht ausgeschlossen, allein sie ist meistens ein *Gewaltakt* und soll nur in *dringensten Fällen* und *nur gegen Entschädigung* geschehen.

XII.

Die prozessrechtlichen Fragen.

Mit dem mehrerwähnten Bestreben der Kantone, in möglichster Hast das neue Verkehrsmittel der Eisen-

[1]) s. ferner B.-G. E., VIII, 761: Entscheidung des Reichs-Gerichts, II. Civ.-Sen., 4. Okt. 1884. Eger, eisenbahn-rechtliche Entscheidungen, III. Bd., pag. 380.

bahnen eingeführt zu sehen, hängt die Thatsache zusammen, dass in den meisten Konzessionen für Beilegung aller Streitigkeiten *Schiedsgerichte* vorgesehen waren. Die Eisenbahnen, denen man Alles zu Gefallen that, wuchsen zu einer imponierenden Macht empor. Den treffendsten Ausdruck dafür bilden die Schiedsgerichte, indem die Kantone auf ihre Gerichtshoheit verzichteten und die Gesellschaften gleichsam als gleichberechtigte Subjekte neben sich gelten liessen.

So finden wir in den kantonalen Konzessionen in den verschiedenartigsten Fällen schiedsgerichtliche Entscheidung normirt. Die Zusammensetzung dieser Gerichte weist zahlreiche Kombinationen auf.

Uebereinstimmend sagen fast alle Konzessionen, dass Civilstreitigkeiten, welche in Hinsicht auf die Auslegung des betreffenden Konzessionsaktes zwischen Regierung und Gesellschaft entstehen, durch ein Schiedsgericht auszutragen seien. (s. E. A. S. Bd. I, pag. 88, 116, 235, 270, 272, 286, 334, 346, 356, 366 etc.) Ferner aber übten sie auch rein administrative Thätigkeit aus, z. B. die Entscheidung, ob die Anlage eines zweiten Geleises nothwendig sei. (E. A. S. I, 75, 103, 129, 244, 251, 278.) In ihrer Kompetenz lag es auch in gewissen Fällen, die Taxen zu reduziren. (E. A. S. I, 232, 250, 284, 303.) Ferner urtheilen sie über die Kostenvertheilung, wenn Veränderungen an Strassen und Gewässern vorgenommen werden müssen. (E. A. S. I, 296.) Schliesslich unterliegen nach sämmtlichen Konzessionen alle mit dem Rückkauf der Eisenbahnen zusammenhängenden Streitigkeiten der Entscheidung von Schiedsgerichten. Auch die Genehmigungsakte, welche den kantonalen Konzessionen von der Bundesversammlung ertheilt wurden, enthalten übereinstimmend den Satz:

„Kann eine Verständigung über die zu leistende Entschädigungssumme nicht erzielt werden, so wird die letztere durch ein Schiedsgericht bestimmt".

Uns beschäftigt im Folgenden die Frage, ob und inwieweit die Eisenbahn-Gesellschaften heute noch das Recht haben, für ihre Streitigkeiten die Aufstellung von Schiedsgerichten zu verlangen.

Wäre die Konzession ein Vertrag, so liesse sich nur durch beidseitigen übereinstimmenden Willen diese Bestimmung beseitigen. Als hoheitlicher Akt dagegen hat sie Geltung, bis sie durch einen entgegengesetzten Akt wieder aufgehoben wird. Wir müssen auch in diesem Falle zugestehen, dass die Gesellschaften für die Dauer der Konzession ein wohlerworbenes Recht hatten, ein Schiedgericht anrufen zu dürfen, allein wenn wir diese Gleichberechtigung zwischen Staat und Unterthan schon den Kantonen gegenüber als ein unpassendes Verhältniss bezeichnen mussten, so müssen wir es noch viel mehr von dem Momente an, wo der *Bund* die Eisenbahnhoheit übernimmt und in Folge dessen in vielen Fällen der Bund als streitende Partei auftreten wird. Die Wahrnehmung so wichtiger, öffentlicher Interessen soll nicht in die Hände von Privaten gelegt werden. Namentlich administrative Kompetenzen darf der Staat nicht aus der Hand geben. Im Bundesgericht ist eine Instanz geschaffen worden, welche die alleinige Entscheidung aller Streitigkeiten des Bundes übernimmt. Wir können es also nicht als ungerechte Aufhebung wohlerworbener Rechte bezeichnen, wenn durch ein neues Gesetz das alte Privilegium vorzeitig aufgehoben wird[1]).

Das Bundesgesetz von 1872 bestimmt in Art. 39,

---

[1]) Vergl. auch Meili, a. a. O., S. 23.

Abs. 2: „Alle privatrechtlichen Streitigkeiten zwischen dem Bunde und einer Eisenbahn-Gesellschaft sind vor dem Bundesgerichte auszutragen"; und übereinstimmend später das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege von 1874, Art. 28: „Insbesondere urtheilt das Bundesgericht ..... *c.* über alle privatrechtlichen Streitigkeiten zwischen dem Bunde und einer Eisenbahngesellschaft, gemäss Art. 39 des Bundesgesetzes .... über die in den Artikeln 14, 19, 24 und 33 dieses Gesetzes vorgesehenen Entschädigungsfragen" etc.

Nach dem Gesagten kann kein Zweifel bestehen, dass auch für die vor 1872 entstandenen Konzessionen, die noch ein Schiedsgericht vorgesehen haben, das Bundesgericht kompetent ist in allen den Fällen, die im Eisenbahn-Gesetz oder im Organisationsgesetz vorgesehen sind. In erster Linie sind dies die privatrechtlichen Streitigkeiten, und als solche äussern sich die Entschädigungsforderungen, wie sie im Eisenbahngesetz vorgesehen sind. Sie sind scharf getrennt von der administrativen Thätigkeit des Bundesrathes. Das Gesetz selbst nimmt in jedem Falle die genaue Trennung vor. Z. B. Art. 33: Der Bundesrath entscheidet alle Anstände darüber, ob für den durchgehenden Verkehr neue Personenzüge eingeführt werden müssen, er ist die oberste administrative Instanz. Sobald aber das Gesetz die Möglichkeit einer Entschädigung vorsieht und darüber Streit entsteht, entscheidet das Bundesgericht. Es handelt sich also um den in Geld abschätzbaren Werth einer vom Bundesrathe anbefohlenen Leistung.

Sofern das Eisenbahn-Gesetz nichts bestimmt hat, bleiben die kantonalen Gesetze in Kraft und können also für gewisse Streitigkeiten immer noch Schiedsge-

richte angerufen werden, wenn die Konzessionsbestimmungen nicht geändert worden sind.

Nur in einem Falle finden wir eine ausdrückliche Verweisung auf die konzessionsmässigen Schiedsgerichte, nämlich in der dritten Uebergangsbestimmung des Gesetzes über das Rechnungswesen von 1883: „Die Bestimmungen über die schiedsgerichtliche Feststellung der Anlagekosten im Falle des Rückkaufes bleiben gewahrt." Dieser Satz bezieht sich nur auf die Konzessionen, die vor der Normalkonzession entstanden sind, denn diese letztere bestimmt in Art. 27, litt. f, dass alle Streitigkeiten, die über den Rückkauf und damit zusammenhängende Fragen entstehen möchten, der Entscheidung des Bundesgerichtes unterliegen. Wir erklären die Ausnahme dadurch, dass man doch wieder zu der Ueberzeugung kam, die Eisenbahn-Gesellschaften müssen in der schiedsrichterlichen Feststellung einen gewährten Vortheil erblicken und solche erworbene Rechte seien, wenn nicht zwingende Gründe entgegenstehen, zu schützen.

Wir finden also in diesem Abschnitte wiederum, dass durch die Konzessionen *Privatrechte entstanden* sind, die mit den Konzessionen beachtet und *geschützt werden müssen.* Nur ausnahmsweise und *aus politisch wohlberechtigten Gründen* hat der Staat auf dem Gesetzgebungswege einen Theil dieser Rechte zerstört. Die Möglichkeit dazu liegt in seinem *unumschränkten Gesetzgebungsrecht; ob sich dieses Gewaltmittel praktisch rechtfertigen lasse, hat er im einzelnen Falle zu erwägen.*

Schlussbemerkung.

Am Ende dieser Untersuchung mag der Eindruck zurückbleiben, dass an den Eisenbahnkonzessionen wenig stabile Fixpunkte übrig geblieben sind. Unseres Erachtens ist dieses Resultat das richtige, denn wenn auch die Konzessionen in einzelnen Richtungen wirklich einen privatrechtlichen Schutz gegen die Willkür des Staates bilden sollen, so ist doch auf der andern Seite an dem obersten Grundsatz festzuhalten, dass die Eisenbahnen öffentliche Anstalten sind, dass sie mit dem Verkehr, ja mit der ganzen Entwicklung eines Landes aufs innigste verbunden sind. Aus diesen Gründen bedürfen sie einer fortwährenden Ausbildung und Vervollkommnung; die Erfordernisse, welche an sie gestellt werden müssen, sind in stetigem Wachsen begriffen. Diese innerste Natur der Eisenbahnen, öffentlichen Zwecken zu dienen und die Mittel, die ihr zur Verfügung gestellt werden, nämlich die Eingriffe in staatliche Monopole, bilden einen reichlichen Ersatz dafür, dass sie der nothwendigen Entwicklung und Verbesserung einen Theil ihrer Privatinteressen opfern. Wünschbar im Interesse des Verkehrs wäre die vollständige Freiheit der staatlichen Anordnungen. Diesen treten die Konzessionen in vielen Punkten hemmend gegenüber, allein diese Schranken sind die Sätze des Rechts, welche nicht leichtfertig über den Haufen geworfen werden dürfen.

Den kontinuirlichen Kollisionen und ewigen Reibungen zwischen diesen ethischen Faktoren einerseits und dem Vorwärtstreiben des „rollenden Flügelrades“ anderseits kann wohl nur durch *ein* probates Mittel abgeholfen werden: es ist das der *staatlichen Uebernahme der Eisenbahnen.*

Weit über den Rahmen dieser Arbeit hinaus geht die Frage, ob *speziell für die Schweiz* die Verstaatlichung der Eisenbahnen das einzige zu empfehlende Aushülfsmittel sei. Es ist zu hoffen, dass diese Frage von sachverständiger Seite und unabhängig von der schwankenden Tagesmeinung gründlich und eingehend geprüft werde.

Thesen.

1. Zum Eigenthumserwerb durch Specification ist bona fides nicht erforderlich.
2. Abänderungen von Verträgen, für welche von den Parteien die schriftliche Form vereinbart worden, bedürfen nach S. O. R. der Schriftlichkeit nur dann, wenn vom Gesetz für diese Art von Verträgen die schriftliche Form vorgeschrieben ist.
3. Die Busse im d. Str. G. B. hat keinen strafrechtlichen Charakter.
4. Im Konkurs des Einkaufskommissionärs hat nach S. O. R. der Kommittent ein Vindicationsrecht an der Kommissionswaare.
5. Die Klage der Aktiengesellschaft aus Art. 671 des S. O. R. schliesst die Klage der einzelnen Aktionäre aus.
6. Bei Schadenersatzansprüchen aus dem Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht der Eisenbahnen etc. ist das Bundesgericht an den von den kantonalen Gerichten festgestellten Thatbestand nicht gebunden.
7. Die Ertheilung einer Eisenbahn-Konzession kann auch aus anderen als militärischen Gründen verweigert werden.

HE 3217 .S46
Ueber die rechtliche Natur der
Stanford University Libraries
3 6105 041 826 202

Stanford University Library
Stanford, California

In order that others may use this book, please return it as soon as possible, but not later than the date due.